

## บทที่ 2

### แนวความคิด ทฤษฎี และวิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองของฝ่ายปกครองมีพัฒนาการบนพื้นฐานของหลักกฎหมายมหาชน อันเป็นทางเลือกหนึ่งของรัฐในการที่จะใช้เป็นเครื่องมือสำคัญในการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครองนั้นก็คือ การจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวความคิดและทฤษฎีพื้นฐาน อันก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองขึ้น รวมทั้งแนวความคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของต่างประเทศ และสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทย ดังนี้

#### แนวความคิดและทฤษฎีที่สำคัญ

สัญญาทางปกครอง ก็คือสัญญาซึ่งหมายความว่า การก่อให้เกิดสัญญาขึ้นอยู่กับ การแสดงเจตนาถูกต้องตรงกัน ระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชน เพียงแต่ว่าในสัญญาทางปกครองจะจำกัดหลักเสรีภาพและหลักความเสมอภาคในการทำสัญญา ดังนั้น จึงสมควรกล่าวหลักการพื้นฐานของการทำนิติกรรมสัญญาไว้ด้วย

##### 1. หลักเสรีภาพในการทำสัญญา

ความหมายของเสรีภาพในการทำสัญญามีอยู่ ความหมายด้วยกัน ความหมายแรก หมายถึงเสรีภาพที่จะเข้าตกลงทำสัญญา ส่วนความหมายที่สอง คือ เสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดแล้ว และหลักเสรีภาพในการทำสัญญานี้ ถ้าจะอธิบายในเชิงรูปธรรมแล้วก็จะแบ่งได้ 3 กรณีด้วยกัน (ศันันท์กรณ โสคติพันธุ์, 2552, หน้า 241-247)

กรณีแรก หลักเสรีภาพในการทำสัญญากับองค์ประกอบของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกเข้าทำสัญญากับใครก็ได้ หรือคู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกวัตถุประสงค์ของสัญญา ใดๆก็ได้ หรือคู่สัญญามีเสรีภาพที่จะเลือกวิธีการหรือแบบในการทำสัญญาไม่ว่าจะด้วยวาจา กริยาอาการ หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ หรือคู่สัญญามีเสรีภาพที่จะคิดตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่อย่างไร และมีเสรีภาพในการแสดงเจตนาออกมาตามที่ตนได้ตัดสินใจไว้

กรณีที่สอง หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในความสัมพันธ์กับเนื้อหาของสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญามีเสรีภาพในการที่จะกำหนดเนื้อหาของสัญญาอย่างใดก็ได้ แม้จะแตกต่างจากที่กฎหมายกำหนด

กรณีที่สาม หลักเสรีภาพในสัญญา กับผลของสัญญา คู่สัญญามีเสรีภาพที่จะกำหนดผลของสัญญาอย่างไรก็ได้ อันเป็นไปตามหลัก Pacta sunt servanda

อย่างไรก็ตาม หลักเสรีภาพที่อธิบายเป็นสามกรณีดังกล่าวนี้ อาจจะมีข้อจำกัดอยู่บ้าง เป็นต้นว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาอาจถูกจำกัดด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเสรีภาพในการกำหนดเนื้อหานั้นอาจเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายกำหนดราคาคควบคุมค่าเรือหรือสินค้าบางประเภท เป็นต้น

## 2. แนวความคิดว่าด้วยประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ

หน้าที่ของรัฐประการสำคัญที่จะต้องทำโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ คือ การรักษาประโยชน์มหาชน โดยประโยชน์มหาชนในสังคมหนึ่งๆ ก็จะแตกต่างกันไป ซึ่งจะขึ้นอยู่กับความต้องการขั้นพื้นฐานในการดำรงชีวิตในสังคมนั้นๆ และจะแปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลา ศาสตราจารย์ ริเวโร (Rivéro Waline, 2000, p.10 อ้างถึงใน บุษผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 7) ได้อธิบายไว้ว่า การที่มนุษย์รวมตัวเป็นสังคมก็เพื่อให้สังคมนั้นตอบสนองต่อความต้องการในสิ่งที่จำเป็นต่อการดำรงชีวิต ในส่วนที่การดำเนินการของเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นเพราะข้อจำกัดของเอกชน หรือเพราะกิจการเหล่านั้นไม่อาจให้ผลตอบแทนที่ได้สัดส่วน กับการลงทุนของเอกชน ดังนั้น การตอบสนองต่อความต้องการพื้นฐานของประชาชนเหล่านี้ จึงตกเป็นภาระหน้าที่ของรัฐ และความต้องการเหล่านี้คือประโยชน์สาธารณะ

การคำนึงถึงประโยชน์มหาชนนี้เองที่ทำให้รัฐมีอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง (นันทวัฒน์ บรรมานันท์, 2550, หน้า 15) เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะทั้งหลายของรัฐบรรลุวัตถุประสงค์ กล่าวคือ เพื่อสนองตอบต่อความต้องการส่วนรวมของประชาชน หรือประโยชน์มหาชน หรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเรียกว่า “ทฤษฎีอำนาจมหาชน”

## 3. ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชน

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนเป็นทฤษฎีที่มีผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดสัญญาทางปกครองขึ้น ต่างหากจากสัญญาทางแพ่ง เพราะเหตุว่า แม้รัฐจะแสดงเจตนาทำสัญญา หากว่าสัญญาดังกล่าวเกิดจากการแสดงเจตนาที่ไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญา ซึ่งฝ่ายปกครองจะมีอำนาจเหนือเอกชนคู่สัญญาเสมอ เนื่องจากกิจการของรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชน รัฐจึงจำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชนในการควบคุม กำกับดูแลสัญญาอันเป็นลักษณะอำนาจพิเศษของรัฐ ดร.บุษผา อัครพิมา (บุษผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 17) กล่าวว่า การบริการสาธารณะถือเป็นภารกิจหลักของรัฐ และเครื่องมือที่รัฐใช้อาจใช้อำนาจมหาชน หรือใช้วิธีการบริหารจัดการแบบเอกชนก็ได้ แต่ถึงแม้รัฐจะเลือกใช้วิธีการบริหารจัดการแบบเอกชน อำนาจมหาชนก็ยังเป็นของรัฐ กล่าวคือ ประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์มหาชนย่อมแปรเปลี่ยนไปตามยุคตามสมัย ดังนั้นถึงแม้รัฐจะ

บริหารจัดการแบบเอกชน แต่หากความต้องการของสังคมเปลี่ยนแปลงไปรัฐก็จำเป็นต้องใช้อำนาจมหาชน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะมีประสิทธิภาพนั่นเอง

#### 4. หลักการบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะนั้น จะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2550, หน้า 26) ประการแรก เป็นกิจกรรมที่รัฐ หน่วยงานของรัฐ ผู้ที่ได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ หรือรวมเรียกว่า นิติบุคคลมหาชน เป็นผู้จัดทำ ประการที่สอง จะต้องมิวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์มหาชน หรือความต้องการส่วนรวมของประชาชน หลักสำคัญเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ มี 4 ประการ ดังนี้

##### 4.1 หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้เสมอ

หลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง เกิดจากตัวบริการสาธารณะนั่นเอง ที่มีขึ้นเพื่อตอบสนองต่อความต้องการส่วนรวมของประชาชน เมื่อความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป การบริการสาธารณะนั้นก็ต้องปรับเปลี่ยนตาม ดังนั้น ในการจัดทำบริการสาธารณะจะต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้เสมอ โดยหลักนี้จะเกี่ยวข้องกับบุคคล 3 กลุ่ม คือ (โกกิน พลกุล, ออนไลน์, 2546)

4.1.1 ผู้ที่มีหน้าที่รับผิดชอบจัดทำบริการสาธารณะ ต้องพัฒนาให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลง และให้ทันต่อความต้องการของส่วนรวม

4.1.2 เจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องยอมรับการเปลี่ยนแปลงต่อตำแหน่งหน้าที่ หากมีการยกเลิกหน่วยงานหรือปรับเปลี่ยนการบริการสาธารณะ

4.1.3 ฝ่ายเอกชนที่เป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง จะต้องยอมรับหลักอำนาจการแก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง หรือยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยอีกฝ่ายที่เป็นเอกชนจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม หากปรากฏว่าความต้องการของส่วนรวมได้เปลี่ยนแปลงไป

##### 4.2 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาค เป็นหลักการขั้นพื้นฐาน ซึ่งถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 44) อันส่งผลต่อคำวินิจฉัยของศาลปกครอง รวมทั้งศาลรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้เอกชนทุกคนยังมีความเสมอภาคกันเกี่ยวกับบริการสาธารณะ กล่าวคือเอกชนทุกคนมีสิทธิเข้าไปใช้บริการสาธารณะ โดยเท่าเทียมกัน ตามเงื่อนไขและลักษณะแห่งการให้บริการนั้นๆ มีสิทธิเข้าเป็นเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองอย่างเท่าเทียมกัน หากมีคุณสมบัติครบถ้วนรวมทั้งเอกชนทุกคนมีสิทธิเข้าทำสัญญากับฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคที่มีต่อกฎหมายนั้น จะใช้กับกรณีที่บุคคลอยู่ในสถานการณ์เดียวกัน จะนำมาใช้กับ

บุคคลและสถานการณ์ที่ต่างกันไม่ได้ กล่าวคือ สถานะที่เหมือนกันก็นำเอามาตรฐานเดียวกันมาปรับใช้ ในทางกลับกันสถานะที่ต่างกันก็นำเอามาตรฐานต่างกันมาปรับใช้

#### 4.3 หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

ในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนมหาชน หรือประชาชนส่วนรวมนั้นจะหยุดชะงักไม่ได้ หากหยุดชะงัก ประชาชนซึ่งเป็นผู้ใช้บริการของบริการสาธารณะจะเกิดความเดือดร้อนเสียหาย เพราะเหตุว่าการบริการสาธารณะนั้น เกี่ยวกับการดำรงชีวิตขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นหลัก อันจะมีผลกระทบกับบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ ดังนี้ (โกกิน พลกุล, ออนไลน์, 2546)

4.3.1 ฝ่ายปกครองหรือเอกชนแล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นผู้ที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะนั้น จะต้องดูแลให้บริการสาธารณะดำเนินไปตลอดเวลา หากมีการหยุดชะงักขึ้นต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอย่างใดๆ ที่เกิดแก่ประชาชนด้วย

4.3.2 เจ้าหน้าที่ของรัฐจะได้รับผลกระทบต่อการนัดหยุดงาน โดยเฉพาะตำรวจ ทหาร ต่อมามีการผ่อนคลายในประเด็นนี้มากขึ้น โดยฝ่ายปกครองเองจะกำหนดเงื่อนไขในการนัดหยุดงาน อันจะส่งผลกระทบต่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะน้อยที่สุด

4.3.3 เอกชนคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง จะต้องปฏิบัติตามสัญญาตลอดเวลา แม้จะก่อให้เกิดความยุ่งยาก หรือเป็นการพันวิสัย หรือถึงแม้ว่าฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายผิดสัญญาก็ตาม เอกชนจะบอกเลิกสัญญาไม่ได้ เว้นแต่ เป็นการผิดสัญญาในกรณีที่ร้ายแรงเท่านั้น แต่การเลิกสัญญาจะต้องฟ้องร้องศาลเท่านั้น จะใช้สิทธิบอกเลิกตามกฎหมายเอกชนไม่ได้

#### 4.4 หลักความเป็นกลาง

โดยมากหลักการบริการสาธารณะ นักกฎหมายมหาชนจะแบ่งออกเป็นสามหลักดังที่กล่าวมาแล้ว แต่ก็มีนักกฎหมายมหาชนบางท่านได้แบ่งหลักของการบริการสาธารณะมีหลักที่สำคัญคือ “หลักความเป็นกลาง” ถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคอีกด้านหนึ่ง มีหลักสำคัญคือ ฝ่ายปกครองจะเลือกปฏิบัติต่อบุคคลผู้ใช้บริการสาธารณะไม่ได้ เว้นแต่ มีกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

#### 5. หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

สืบเนื่องจากทฤษฎีว่าด้วยอำนาจมหาชนและหลักการบริการสาธารณะ ก่อให้เกิดอำนาจของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า “เอกสิทธิ์” (privilège)

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้ให้คำอธิบายว่าเอกสิทธิ์เป็นสิทธิพิเศษสำหรับบุคคลบางคน หรือบุคคลบางประเภท ที่มีคุณลักษณะพิเศษบางประการที่ทำให้ผู้นั้นมีความชอบธรรมที่จะอ้างเพื่อเสวยประโยชน์ หรืออ้างเพื่อยืนยันผลประโยชน์บางประการเป็นพิเศษยิ่งกว่าบุคคลอื่นๆ (ปรีดี เกษมทรัพย์, 2526, หน้า 88) คำว่าสิทธิมักจะใช้ระหว่างเอกชนกับเอกชนที่ใช้กัน

กันเพื่อความชอบธรรมในฐานะที่เท่าเทียมกัน ส่วนคำว่าอำนาจมักจะกล่าวถึงผู้มีสถานะสูงกว่ากับผู้ที่มีสถานะต่ำกว่า ดังนั้น เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจึงหมายถึง อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่จะกระทำต่อบุคคลผู้อยู่ใต้ปกครอง ในฐานะที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือกว่า เนื่องจากฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดำเนินการบริการสาธารณะ (ไพทซิด เอกจริยกร, 2526, หน้า 19) ซึ่งเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองนั้น อาจแสดงออกมาในลักษณะของการกระทำฝ่ายเดียว การใช้กำลัง บังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้เอง หรือสิทธิในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งลักษณะของเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจะปรากฏอยู่ในประเทศต่างๆ แต่อาจแตกต่างกันไปบ้างก็แล้วแต่ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์แนวความคิดทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และกฎหมายปกครองของแต่ละประเทศ

จากหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองดังกล่าว ส่งผลให้สัญญาทางปกครองต้องใช้หลักกฎหมายมหาชน ไม่ใช่หลักกฎหมายเอกชนบังคับกับสัญญา และเมื่อมีกรณีพิพาทก็ต้องขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองทั้งในสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองมีสิทธิและภาระหน้าที่มากกว่าเอกชน เพราะเหตุว่าสัญญาทางปกครองนั้นอยู่บนหลักความเหนือกว่าของฝ่ายปกครอง ที่ทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ และฝ่ายปกครองไม่ได้มีเสรีภาพเต็มที่ ต้องทำตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

## แนวความคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

แนวความคิดและวิวัฒนาการที่สำคัญเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง นักวิชาการต่างยอมรับว่า ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ได้พัฒนาจนมีความชัดเจนเป็นสัญญาที่แยกต่างหากจากสัญญาทางแพ่ง ดังนั้น จึงสมควรกล่าวถึง ดังนี้

### 1. แนวความคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศไทย

สัญญาทางปกครองในระยะเริ่มแรกของฝรั่งเศส เกิดจากรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviôse an VIII (ค.ศ.1804) (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เข็มชัย ชุตินวงศ์, บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, กฤษณ์ วสินนท์ และบรรเจิด สังคะเนติ, 2549, หน้า 7) โดยบัญญัติในมาตรา 1 ว่า คดีเกี่ยวกับสัญญาจ้างก่อสร้างสาธารณะ สมบัติของแผ่นดิน อยู่ในอำนาจที่ปรึกษาผู้ว่าการแขวง Conseil de Préfecture และสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐในชั้นอุทธรณ์ แต่สัญญาทางปกครองในระยะแรกนั้น กฎหมายยังไม่ยอมรับมากนัก ด้วยเหตุว่าการทำสัญญาเป็นการแสดงเจตนาที่อยู่ภายใต้หลักสัญญาทางแพ่ง ซึ่งฝ่ายปกครองโดยมากแล้วจะใช้อำนาจมหาชนบังคับ

แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองถือกำเนิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจมหาชน และการบริการสาธารณะที่กล่าวมาแล้ว

โดยคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดของสัญญาทางปกครอง คือ คดี Compagnie nouvelle de gaz de Déville-lès-Roen (ค.ศ.1902) (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 52) กรณีการให้แสงสว่างในเขตเทศบาลจากแก๊สมาเป็นไฟฟ้า โดยศาลปกครองสูงสุดได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองแก้ไขเงื่อนไขในสัญญาได้ เมื่อความต้องการของส่วนรวมหรือประโยชน์ส่วนรวมเปลี่ยนแปลงไป และแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ส่งผลต่อแนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ในคดีต่อมาคือ คดีCompagnie generale d' éclairage de Bordeaux (ค.ศ.1916) (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2552, หน้า 48) เป็นคดีเกี่ยวกับการชดเชยผู้ประกอบการผลิตไฟฟ้าอันเนื่องมาจากวัตถุดิบขึ้นราคา ซึ่งได้กำหนดหลักการสำคัญอันจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์ทางปกครอง แยกออกจากสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง คือ การหาแนวทางที่เหมาะสมให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะต่อไปได้ แม้แนวทางดังกล่าวนั้นจะไม่ได้กำหนดในสัญญานั้นก็ตาม

แนวคำวินิจฉัยที่ถือว่าเป็นแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองอีกคดีหนึ่ง คือคดี Epoux Bertin (ค.ศ. 1956) (บุบผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 34) ซึ่งได้สร้างหลักว่าสัญญาทางปกครองสามารถทำด้วยวาจาได้ โดยทางราชการมอบให้ชายและนางแบร์เต็ง จัดอาหารเลี้ยงดูผู้อพยพชาวไซเวียด ในระหว่างรอการส่งกลับ อันเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการบริการสาธารณะในการส่งผู้อพยพกลับ ซึ่งเป็นคนต่างด้าว

### 1.1 เกณฑ์การพิจารณาลักษณะสัญญาทางปกครอง

สัญญาที่ฝ่ายปกครองของฝรั่งเศส ใช้เป็นเครื่องมือในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น อาจจะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นไปตามกฎหมายเอกชนก็ได้ ถ้าเป็นสัญญาทางปกครอง การพิจารณาข้อพิพาทจะขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครอง ในขณะที่สัญญาของฝ่ายปกครองที่ทำขึ้นตามกฎหมายเอกชน ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษา ซึ่งทั้งสองศาลใช้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ในทางปฏิบัติการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งดังกล่าวนี้จึงมีความสำคัญมาก โดยลักษณะของสัญญาทางปกครองฝรั่งเศสมีที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเป็นสำคัญ ซึ่งมี 2 กรณี ดังนี้

1.1.1 สัญญาทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะสัญญาที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองที่สำคัญ ได้แก่ สัญญาเกี่ยวกับการดำเนินงานโยธาสาธารณะ (มาตรา 4 รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviouse ปีที่ 8) สัญญาเกี่ยวกับการใช้สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (มาตรา 1 แห่งรัฐกฤษฎีกา (ที่เทียบเท่ารัฐบัญญัติ) ลงวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ.1938) สัญญาจัดซื้อจัดจ้างตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการพัสดุ (มาตรา 4 รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 11 ธันวาคม ค.ศ. 2001) (นันทกุล พันธุ์ศรี 2548, หน้า 5-6) สัญญากู้ยืมเงินของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาเหล่านี้ในความเป็นจริงแล้วน่าจะเป็นสัญญาทาง

แพ่งของฝ่ายปกครอง แต่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ก็มีบางสัญญาที่เป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพอยู่แล้วไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อีก เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ สัญญาการโยธาสาธารณะ เป็นต้น

1.1.2 สัญญาทางปกครองโดยสภาพ เกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเป็นหลัก ซึ่งศาลได้ใช้เกณฑ์ในการพิจารณาขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ คือ (สำนักงานศาลปกครอง 2547 ก, หน้า 73) เกณฑ์คู่สัญญา เกณฑ์วัตถุประสงค์ของสัญญา และเกณฑ์ชี้ขาดในสัญญา

( 1) เกณฑ์คู่สัญญา กรณีที่ต่างฝ่ายต่างเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนด้วยกัน ศาลชี้ขาดเขตอำนาจ (e Tribunal des conflits) ได้ตัดสินไว้เมื่อ ค.ศ. 1983 ในคดี Union des Assurances de Paris ว่า สัญญาที่ทำกันระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ และคณะ, 2549, หน้า 46) แต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับเกณฑ์คู่สัญญา ถ้าสัญญาระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันนั้น มุ่งผูกพันกันตามกฎหมายเอกชน หรือสัญญาเกี่ยวกับเรื่องตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งก็อาจจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ถ้าในสัญญานั้นมีข้อกำหนดพิเศษที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง

กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน ต้องประกอบหรือพิจารณาในเนื้อหาของสัญญาว่ามีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นบริการสาธารณะ หรือข้อกำหนดในสัญญานั้นมีลักษณะพิเศษอย่างใดอย่างหนึ่ง อันแสดงให้เห็นถึงการบริหารจัดการแบบมหาชน ดังนี้ถึงจะเป็นสัญญาทางปกครองซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

กรณีของสัญญาที่คู่สัญญาเป็นเอกชนด้วยกัน โดยหลักแล้วสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างบุคคลเอกชนด้วยกันนี้ ย่อมเป็นสัญญาทางแพ่งไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่เป็นบุคคลเอกชนจะได้รับมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ หรือจะมีข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากสัญญาทางแพ่งทั่วไปหรือไม่ก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีที่เอกชนได้รับมอบหมายให้ดำเนินการ (บุบผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 28) เป็นกรณีที่รัฐได้รับมอบหมายให้เอกชนดำเนินการ ( mandat explicite) โดยถือว่าเป็นตัวแทนของรัฐตามกฎหมายแพ่ง ย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง หากเนื้อหาหรือวัตถุประสงค์ของสัญญามีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง หรือเป็นกรณีที่บุคคลเอกชนทำเพื่อประโยชน์ของนิติบุคคลมหาชน

( 2) เกณฑ์วัตถุประสงค์ของสัญญา เป็นการพิจารณา ในเนื้อหาของสัญญาว่าให้เอกชนคู่สัญญาเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงหรือไม่

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้อธิบายไว้ว่า (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2550, หน้า 345) สัญญาทุกสัญญาที่มีความเชื่อมโยงกับการจัดทำบริการสาธารณะไม่จำเป็นต้อง

เป็นสัญญาทางปกครอง แต่สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น จะต้องเป็นความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับบริการสาธารณะ แม้จะไม่มีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม

ยกตัวอย่าง เช่น สัญญาจ้างแรงงาน ( les contrats de louage de service) ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจคัดเลือกคู่สัญญา แต่สัญญาดังกล่าวนี้อาจเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ขึ้นอยู่กับ การเข้าร่วมบริการสาธารณะของคู่สัญญา เช่น สัญญาจ้างอาจารย์โดยสถานศึกษา สัญญาจ้างแพทย์โดยโรงพยาบาล หรือโดยหน่วยงานบริการสาธารณสุขด้านสาธารณสุข แต่กรณีสัญญาจ้างมีเจ้าหน้าที่ปลีกย่อย เช่น เจ้าหน้าที่ทำความสะอาดอาคารของหน่วยงานบริการสาธารณะ สัญญานี้จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อมีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากทางแพ่ง จะเห็นได้ว่าสัญญาที่จ้างเจ้าหน้าที่ปลีกย่อยนี้มีจุดเชื่อมโยงกับบริการสาธารณะไม่ชัดเจนถ้าไม่มีข้อกำหนดพิเศษ สัญญาเหล่านี้จึงเป็นเพียงสัญญาทางแพ่งของฝ่ายปกครอง (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 52) หรือเป็นกรณีที่รัฐให้ออกชนดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง เช่น สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่ให้อำนาจบริการสาธารณะนั้นจะมีลักษณะทางปกครอง หรือมีลักษณะทางอุตสาหกรรมหรือพาณิชย์กรรมก็ได้

(3) เกณฑ์สัญญาที่มีข้อกำหนดลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง ข้อกำหนดพิเศษ ( clause exorbitante) เกิดขึ้นจากคำพิพากษาคดี Société des granits porphyroïdes des Vosges (ค.ศ. 1912) (บุบผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 36) ซึ่งพิพากษาว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจรับคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาจัดหาหินให้แก่เมืองลิล (Lille) เพื่อใช้ในการปูพื้นถนน และในตัวสัญญาในคำพิพากษาดังกล่าวก็ระบุไว้ว่า “มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาประการเดียว คือ พืชที่จะต้องมีการจัดหาหรือส่งมอบตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของสัญญาที่กำหนดระหว่างเอกชน” (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 21) จะเห็นว่าแม้วัตถุประสงค์ของสัญญาจะจัดให้มีพืชเพื่อการจัดทำบริการ สาธารณะก็ตาม แต่นิติสัมพันธ์ที่มีเงื่อนไขเหมือนการดำเนินการอย่างเอกชนจึงเป็นสัญญาทางแพ่ง คำพิพากษาได้เปลี่ยนแนวการพิจารณาพิจารณาเนื้อหาของสัญญาเป็นหลัก

โดยตุลาการผู้แถลงคดี Léon Blum ได้กล่าวไว้ว่า (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 22) เมื่อเป็นเรื่องของสัญญาแล้ว กรณีมิใช่จะต้องค้นหาวัตถุประสงค์แห่งสัญญาว่าเป็นเรื่องอะไร แต่จะต้องค้นหาจากสภาพสัญญานั้น และเพื่อที่จะพิจารณาว่าจะเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง กรณีไม่เป็นการเพียงพอที่พืชซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นจะถูกนำมาใช้เพื่อบริการสาธารณะ แต่จะต้องปรากฏว่า สัญญานั้น โดยสภาพแล้วเป็นสัญญาที่บุคคลมหาชนเท่านั้นที่จะกระทำได้ จึงจะทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครองทั้งในทางรูปแบบและในด้านโครงสร้างของสัญญา สิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือ ลักษณะหรือสภาพของสัญญานั้นเอง โดยไม่ต้องกังวลถึงเรื่องบุคคลผู้ทำสัญญาและวัตถุประสงค์ที่มีการทำสัญญานั้น ซึ่งได้เน้นเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณา



ความเป็นสัญญาทางปกครอง ต้องคำนึงถึงการมีอยู่ของข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ต่างจากระบบสัญญาของเอกชน หรือไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งซึ่งมีอยู่ในสัญญานั้นเอง

ศาสตราจารย์ เดอร์ โลบาแดร์ ได้อธิบายไว้ว่า (A de Laubadère, 1983, pp. 212-213 อ้างถึงใน บุษพา อัครพิมาน, 2545, หน้า 36) เหตุที่ทำให้สัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษต่างจากข้อสัญญาในทางแพ่งนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เกิดขึ้นจากฐานความคิดทางกฎหมายทั้งในทางจิตวิสัย (fondement subjectif) และทางภาวะวิสัย (fondement objectif)

ในทางจิตวิสัย การกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแสดงให้เห็นถึงเจตนาของกลุ่มสัญญาที่อยากจะให้สัญญาที่สร้างขึ้นอยู่ในระบบกฎหมายมหาชน และให้ศาลปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษา ซึ่งถือว่าเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนาของกลุ่มสัญญา

ในทางภาวะวิสัย ข้อกำหนดลักษณะพิเศษที่ทำให้สัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง เกิดขึ้นจากลักษณะของตัวข้อกำหนดนั่นเอง กล่าวคือข้อกำหนดนั้น ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งและเป็นข้อกำหนดที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายมหาชน โดยแท้ เพราะในความเป็นจริงมีข้อกำหนดพิเศษบางอย่างที่อยู่นอกเหนือจากเจตนาของกลุ่มสัญญา เช่น กลุ่มสัญญาไม่อาจตกลงเรื่องเขตอำนาจศาลที่จะมาบังคับกับสัญญาได้ โดยในสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะเป็นสัญญาทางปกครองที่เกิดจากการกำหนดของกฎหมาย หรือสัญญาทางปกครองโดยสภาพ หากกลุ่มสัญญาดตกลงกันให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นไปสู่ศาลยุติธรรม ข้อกำหนดนี้ไม่มีสภาพบังคับ นอกจากนี้ โดยแท้จริงแล้วข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษในสัญญาเป็นปัจจัยที่มาจากภายนอก (élément extérieur) แล้วมาส่งผลต่อเจตนารมณ์ของกลุ่มสัญญาให้ต้องกำหนดข้อสัญญาดังกล่าวในสัญญา การกำหนดดังกล่าวจึงมิได้เกิดจากการตกลงใจโดยเสรีของกลุ่มสัญญา จะเห็นได้ว่ากิจกรรมของฝ่ายปกครองที่บริหารจัดการแบบมหาชน จะส่งผลต่อเจตนาของกลุ่มสัญญาให้จำต้องกำหนดข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษอันไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง (la clause exorbitante du droit commun)

ศาสตราจารย์ ชาปู ได้ตั้งข้อสังเกตเบื้องต้นไว้ 3 ประการ (บุษพา อัครพิมาน, 2545, หน้า 37-38) คือ

ประการแรก สัญญาที่มีข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ทั้งหมด ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้น ว่ามีวัตถุประสงค์เป็นบริการสาธารณะหรือไม่ แต่ก็มีข้อยกเว้นในกรณีของสัญญาที่ทำกันระหว่างหน่วยงานบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (services publics industriels et commerciaux) กับผู้ใช้บริการ (usagers) ของตน โดยวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อนุญาตให้ผู้ใช้บริการได้รับประโยชน์จากการให้บริการของหน่วยงานบริการสาธารณะนั้น ซึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้เองที่ทำให้เป็นสัญญาทางแพ่งเสมอ ถึงแม้ว่าสัญญานี้จะมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็ตาม

ประการที่สอง ในกรณีที่มีการกำหนดว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ ขึ้นอยู่กับสัญญาเท่านั้น คู่สัญญาอาจจะเลือกผูกพันกันในสัญญาทางปกครอง หรือสัญญาทางแพ่งก็ได้ คือการคำนึงถึงเจตนารมณ์ของคู่สัญญานั้นเอง แต่ในกรณีของสัญญาที่ต้องใช้เกณฑ์อย่างอื่น นอกจากข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษก็จะต้องเป็นไปตามเกณฑ์เหล่านั้น มิได้ขึ้นอยู่กับเจตนารมณ์ของคู่สัญญา

ประการที่สาม ข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งนั้น เพียงข้อเดียวก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะทำให้สัญญาเป็นสัญญาทางปกครองได้ (คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ในคดี Société nouvelle d' exploitation des plages ค.ศ. 1959 และคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ในคดี Société du vélodrome du parc des Princes ค.ศ. 1965) อย่างไรก็ตามจำนวนหรือปริมาณของข้อสัญญาที่อาจจะมิบเทาบทสำคัญได้เหมือนกัน ในกรณีที่ในสัญญานั้นไม่มีข้อสัญญาใดที่มีลักษณะพิเศษอย่างเด่นชัดอยู่เลย แต่มีข้อสัญญาหลายข้อสัญญาที่มีลักษณะค่อนข้างพิเศษอยู่บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อสัญญาเหล่านี้รวมกันทั้งหมดแล้ว ก็อาจทำให้สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน

คำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดี Société française de constructions mécaniques (ค.ศ. 1975) และในคดี Stein (ค.ศ. 1950) ได้กำหนดคำนิยามของข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชนไว้ว่า (บุบผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 38-40) เป็นข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาอันมีลักษณะพิเศษที่ตามปกติแล้วคู่สัญญามักจะไม่ยินยอมตกลงกัน ภายใต้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ศาสตราจารย์ ซาปัว ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับคำนิยามดังกล่าวไว้ว่า เป็นเพียงคำจำกัดความของสัญญาลักษณะดังกล่าวประเภทหนึ่งในหลายประเภทเท่านั้น กล่าวคือ เป็นข้อสัญญาประเภทที่โดยลักษณะของข้อสัญญาแล้วไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน แต่ยังมีข้อสัญญาประเภทอื่นๆ อีกที่ถือว่ามีลักษณะพิเศษ เพราะเป็นข้อสัญญาที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างคู่สัญญา โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนมีฐานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นเอกชน ในกรณีข้อสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษประเภทที่ไม่อาจพบได้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันนั้น อาจเป็นข้อสัญญาที่ไม่อยู่ในวิสัยของคู่สัญญาเอกชนจะทำได้ เช่น ข้อสัญญาที่ยินยอมให้คู่สัญญาซึ่งเป็นผู้ดำเนินการโรงละครสัตว์ และโรงมหรสพของเทศบาลได้รับการยกเว้นภาษี (คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ในคดี consortre cazautets ค.ศ. 1962) และข้อสัญญาที่กำหนดข้อผูกพันของเทศบาล ( commune) ที่จะต้องกำหนดภาษี (ท้องถิ่น) ทางตรงขึ้นใหม่ ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อนำเงินภาษีนี้นั้นมาผ่อนชำระหนี้เงินกู้เป็นรายปี (คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมืองแวร์ซายในคดี Société Calif ค.ศ. 1985) เป็นต้น หรือเป็นข้อสัญญาที่มีผลต่อบุคคลภายนอก เช่น ข้อสัญญาที่ให้อำนาจแก่คู่สัญญาในอันที่จะลงโทษ

ทางวินัยแก่นักเรียนของโรงเรียนการเกษตรที่คู่สัญญานั้น ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ (คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี de Mestral ค.ศ. 1925)

ส่วนข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษประเภทที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคกันระหว่าง คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน เป็นข้อสัญญาที่ในทางปฏิบัตินั้นจะพบ มากกว่าข้อสัญญาประเภทแรก โดยจะกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุม หรือ อาจกำหนดถึงขนาดให้อยู่ภายใต้อำนาจของคู่สัญญาฝ่ายปกครองเลยก็ได้ ยกตัวอย่าง เช่น

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดคดี Société du vélodrome du pare des Princes (ค.ศ. 1965) การควบคุมของคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลมหาชนนั้น อาจเป็นการควบคุมโดยทั่วไป หรือ โดยเฉพาะเจาะจง เช่น สัญญาที่ทำให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินกิจการของสนามกีฬาสำหรับการ แข่งขันหรือฝึกซ้อมจักรยาน (vélodrome) ซึ่งมีข้อสัญญากำหนดให้คู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลมหาชน ควบคุมผลการบริหารทางการเงิน หรือกรณีคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ในคดี Société d' exploitation touristique Haute Maurienne (ค.ศ. 1980) สัญญาที่ให้คู่สัญญาเอกชนกิจการของ ภัตตาคารแห่งหนึ่ง ซึ่งมีข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนควบคุมในเรื่อง ของบุคลากรที่ว่างและอัตราบริการที่เรียกเก็บ

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Société du vélodrome du pare des princes (ค.ศ. 1980) การควบคุมเช่นนี้อาจเป็นการกำหนดหน้าที่ โดยเฉพาะเจาะจงบางประการให้แก่ คู่สัญญาเอกชน เช่น หน้าที่ที่จะต้องขออนุญาตจากทางราชการเสียก่อนสำหรับการดำเนินการ บางอย่าง หรือคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ในคดี consorts Cazautets (ค.ศ. 1962) หน้าที่ที่จะต้อง ระวังการดำเนินกิจการของสถานประกอบการที่ให้เช่าตามคำสั่งของนิติบุคคลมหาชน อันแสดงให้เห็นว่าวัตถุประสงค์ในการเช่าสถานประกอบการของเอกชนเพื่อดำเนินกิจการแสวงหากำไร แต่มี ข้อสัญญาที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองสามารถระงับการดำเนินกิจการ ซึ่งเป็นการระงับ วัตถุประสงค์ของสัญญา ถ้าข้อสัญญาดังกล่าวมีในสัญญาตามกฎหมายเอกชนข้อสัญญานี้ใช้บังคับ ไม่ได้

คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ในคดี Stanesco (ค.ศ. 1955) ข้อสัญญาที่กำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องถือปฏิบัติตามสัญญาอย่างไร เช่น ข้อสัญญาที่กำหนดว่าคู่สัญญาฝ่าย เอกชนมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้มีชนิดและความถี่ของการแสดงใน โรงมหรสพของเทศบาลตามที่ข้อ สัญญากำหนดไว้ และหน้าที่ที่จะต้องจัดให้เทศบาลได้ใช้โรงมหรสพนั้นสำหรับการจัดงานฉลอง ต่างๆ และการประชุมของเทศบาล

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดี Favier (ค.ศ. 1960) ข้อสัญญาที่กำหนดให้ คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นนิติบุคคลมหาชนมีสิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดไว้ใน

สัญญาว่าจะต้องบอกกล่าวหรือเตือนให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนทราบล่วงหน้าก่อน หรือคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะมีสิทธิได้รับชดใช้ค่าทดแทน แต่ในกรณีข้อกำหนดที่เกี่ยวกับการเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ( la clause de résiliation unilatérale) (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2550, หน้า 343) คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีแพ่ง ลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ. 1987 ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองที่จะเลิกสัญญาได้ ในกรณีที่คู่สัญญาผิดสัญญาโดยไม่ต้องบอกกล่าวหรือเตือนให้ทราบล่วงหน้า (mise en demeure) ไม่เป็นข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้สิทธิแก่ฝ่ายปกครองมาก คำวินิจฉัยที่แตกต่างกันของศาลยุติธรรมกับศาลปกครองดังกล่าวนี้ เกิดจากลักษณะของข้อกำหนดในสัญญานั้นเอง ในกรณีที่ข้อกำหนดในสัญญาที่มีข้อกำหนดในการวางเงื่อนไขเอาไว้ (le caractère conditionné) ก็จะเป็นข้อกำหนดตามกฎหมายเอกชน แต่ถ้าข้อกำหนดดังกล่าวให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจก็จะเป็นสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ในคดี Roudier de la Brille (ค.ศ. 1967) (สำนักงานศาลปกครอง, 2547 ก, หน้า 79) การอ้างอิงเอกสารแนบท้ายซึ่งเป็นเอกสารกลางที่กำหนดเงื่อนไขสัญญาของฝ่ายปกครองในกรณีต่างๆ ( cahier des clauses et conditions générales) ก็ถือว่าเป็นข้อกำหนดที่แตกต่างไปจากสัญญาตามกฎหมายเอกชน หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน (le cahier des charges) (บุบผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 41) ซึ่งเอกสารดังกล่าว หมายถึง เอกสารของทางราชการที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครอง ทั้งในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และในเรื่องอื่นๆ ไว้โดยละเอียด เพื่อเป็นแนวทางหรือแบบแผนให้แก่ส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐ ในการทำสัญญาของฝ่ายปกครอง ในกรณีต่างๆ โดยคู่สัญญามักจะใช้เอกสารดังกล่าวเป็นบันทึกต่อท้ายสัญญา แต่คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ในคดี Bureau de l' édition musico-mécanique (ค.ศ. 1938) และในคดี Commune de Borce (ค.ศ. 1981) ข้อสัญญาที่กำหนดให้อ้างอิงเอกสารดังกล่าวนี้ จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อ เอกสารเหล่านั้นต้องมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน มิฉะนั้นข้อสัญญาที่อ้างถึงเอกสารนั้นจะไม่มีผลทำให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง หรือข้อกำหนดที่อยู่ในเอกสารแนบท้ายดังกล่าวนี้ที่กำหนดให้ใช้วิธีการประมูล ก็ไม่ถือว่าเป็นข้อกำหนดพิเศษที่ไม่ค่อยพบในสัญญาตามกฎหมายเอกชน (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2550, หน้า 344) (คำวินิจฉัยศาลคดีขัดกัน ในคดี S.A. commerciale et agricole ค.ศ. 1960)

ข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบตามกฎหมายเอกชนเพราะขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องสัญญา หรือขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนบางหลัก แต่สัญญาที่มีข้อกำหนดดังกล่าวก็ยังคงลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ นั่นเอง จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองว่าสัญญานั้นตลอดจนข้อสัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะหรือไม่ด้วย

(คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น แห่งเมืองแวร์ซายในคดี Blanchard et monbrun ค.ศ. 1984)  
(บุบผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 42)

ดร.บุบผา อัครพิมาน ได้สรุปข้อสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง หรือไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง อาจมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้  
ลักษณะประการแรก ข้อกำหนดพิเศษมักจะเกี่ยวข้องกับอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองหรืออิทธิทธิของฝ่ายปกครอง โดยอิทธิทธิดังกล่าวทำให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีสถานะเหนือกว่าคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ส่งผลให้ข้อกำหนดในสัญญานั้นแตกต่างจากสัญญาตามกฎหมายเอกชนที่คู่สัญญามีความเสมอภาคกันในการแสดงเจตนา โดยกำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาหรือเพิ่มเติมหน้าที่ของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ฝ่ายเดียวในระหว่างการปฏิบัติการตามสัญญา ดร.บุบผา อัครพิมาน ได้อธิบายลักษณะประการนี้ว่า อย่างไรก็ดี ข้อกำหนดในลักษณะนี้อาจพบได้ในสัญญาตามกฎหมายเอกชนด้วย โดยไม่ทำให้สัญญาทางแพ่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นข้อกำหนดที่จะถือว่าเป็นข้อกำหนดลักษณะพิเศษก็ต่อเมื่อการกำหนดดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่ง เช่น เป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะใช้หรือไม่ใช้วิธีการดังกล่าว หรือใช้วิธีการนั้น โดยไม่มีการเตือนล่วงหน้าให้คู่สัญญาดำเนินการตามสัญญาก่อน เป็นต้น

ลักษณะประการที่สอง เป็นข้อกำหนดที่อ้างอิงถึงสัญญาแนบท้าย ( *contrat-type*) หรือเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขของสัญญาของฝ่ายปกครองไว้เป็นแบบแผน (*cahier des charges-type*) หรือบทบัญญัติของกฎหมาย

ลักษณะประการที่สาม เป็นข้อกำหนดที่มอบอำนาจมหาชนให้เอกชนคู่สัญญา ทำให้เอกชนมีอำนาจเหนือบุคคลภายนอก เช่น ลักษณะสัมปทาน บริการสาธารณะที่ให้ผู้รับสัมปทาน มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในการแสวงหาประโยชน์จากบริการสาธารณะที่ได้รับสัมปทาน หรือในสัญญาก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ให้สิทธิคู่สัญญาเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ของรัฐ เป็นต้น

ลักษณะประการที่สี่ เป็นข้อกำหนดที่ต้องตีความตามทฤษฎีกฎหมายมหาชนเท่านั้น เช่น ในข้อสัญญาเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริการสาธารณะฝ่ายปกครองไม่อาจสละอิทธิทธิของตนเพื่อให้ไปใช้หลักกฎหมายทางแพ่งเนื่องจาก ข้อกำหนดที่โดยเนื้อหาแล้วเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน

ลักษณะประการที่ห้า ข้อกำหนดพิเศษซึ่งไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่ง ( *clauses inhabituelles*) ข้อกำหนดที่จะถือว่าเป็นพิเศษจากข้อกำหนดในสัญญาทางแพ่ง ต้องมีลักษณะค่อนข้างชัดเจน มิใช่เป็นเพียงข้อกำหนดที่ไม่ค่อยพบในสัญญาทางแพ่งเท่านั้น แต่ต้องเป็นข้อกำหนดในสัญญาที่โดยปกติแล้วจะไม่มีข้อกำหนดไว้ในสัญญาทางแพ่ง

ต่อมาคำพิพากษาในคดี Société d' exploitation électrique de la Rivière du Sant (ค.ศ. 1973) (บุบผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 43) ได้ขยายหลักเกณฑ์เรื่องข้อกำหนดพิเศษ โดยหลักเกณฑ์เรื่องระบบกฎหมายพิเศษที่ไม่ค่อยพบในทางแพ่ง (régime exorbitant du droit commun) ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ยอมรับความเป็นสัญญาทางปกครองที่ทำระหว่างการไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศส (l' electricité de France) อันเป็นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมกับผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน โดยการไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศสได้ทำสัญญาซื้อกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน เพราะกฎหมายกำหนดให้ใช้บังคับ “ระบบกฎหมายพิเศษ” ที่ไม่ค่อยพบกันโดยทั่วไปในสัญญาดังกล่าว คือกฎหมายกำหนดให้การไฟฟ้าแห่งฝรั่งเศสต้องซื้อกระแสไฟฟ้าจากผู้ผลิตกระแสไฟฟ้าเอกชน และกำหนดว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าว คู่สัญญาจะต้องเสนอข้อพิพาทให้รัฐมนตรีผู้รับผิดชอบทางด้านกรไฟฟ้าวินิจฉัยเสียก่อนที่จะฟ้องต่อศาล ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวนี้ไม่ได้เกิดจากข้อสัญญาแต่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย

หลักที่ได้จากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่ารัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปขององค์การมหาชนที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งเป็นองค์การที่มีการดำเนินการแสวงหากำไรอย่างเอกชนก็สามารถทำสัญญาอันเป็นลักษณะสัญญาทางปกครองได้ และสัญญาดังกล่าวข้างต้นมิได้มีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่ค่อยพบตามกฎหมายเอกชน แต่เมื่อพิจารณาจากบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว ปรากฏว่าสัญญานี้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายพิเศษ (régime exorbitante) ศาลจึงวินิจฉัยว่าสัญญานี้เป็นสัญญาทางปกครอง (บุบผา อัครพิมาน, 2545, หน้า 44)

ข้อสังเกตจากคำพิพากษาดังกล่าวนี้ มีข้อสังเกต 2 ประการด้วยกัน (บวรศักดิ์ อูวรรณ โธ และคณะ, 2549, หน้า 25) คือ

ประการแรก แนวบรรทัดฐานจากคำพิพากษาต้องถือว่าเป็นองค์ประกอบอันหนึ่งของพัฒนาการในเรื่องนี้ เพราะคำพิพากษาดังกล่าวไม่ได้เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นบ่อยๆ ถ้อยคำที่ใช้ว่า “ระบบกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ” (régime exorbitant) ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดค่านิยามของสัญญาทางปกครองที่ศาลได้วางไว้

ประการที่สอง แนวบรรทัดฐานจากคำพิพากษานี้ก็ไม่ถึงขนาดจะเป็นจุดเปลี่ยนหรือแนวบรรทัดฐานแนวทางใหม่ ถ้าเทียบกับแนวบรรทัดฐานคดีสำคัญๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว เพราะคำพิพากษานี้มิได้เป็นการขัดแย้งหรือกลับแนวคำบรรทัดฐานที่เคยมีมาในอดีต

ในทางวิชาการกลับมีผู้ไม่เห็นด้วยในแนวคิดที่แบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งซึ่ง Duguit (Duguit, 1930, p. 44 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อูวรรณ โธ และคณะ, 2549,

หน้า 25) เห็นว่า ในทางเนื้อหาแล้วสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งไม่มีความแตกต่างกัน เพราะเหตุว่าในองค์ประกอบภายในทั้งหลายของสัญญานั้น สัญญาอันหนึ่งมีลักษณะและมีผลบังคับอย่างเดียวกันเสมอ ตามทฤษฎีดังกล่าวนี้ทำให้ไม่มีสัญญาทางปกครองแยกออกจากสัญญาทางแพ่ง แต่สัญญาที่นิติบุคคลมหาชน ได้ทำไปตามภารกิจที่อยู่ในความรับผิดชอบ โดยมีวัตถุประสงค์ในการบริการสาธารณะ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นศาลปกครองก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเท่านั้น แต่ นักวิชาการส่วนใหญ่กับเห็นตรงข้ามกับ Duguit โดยเฉพาะ Jèze (Jèze, tome III, p. 299 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ และคณะ, 2549, หน้า 26) กล่าวว่าสัญญาทางปกครองมีเนื้อหาต่างจากสัญญาทางแพ่ง “โดยผลของสัญญาทางปกครองนั้นไม่ได้เป็นเช่นเดียวกับสัญญาทางแพ่ง”

จะเห็นได้ว่าสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งนั้นเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนา ของคู่สัญญา เพียงแต่ว่าการแสดงเจตนาในสัญญาทางปกครองเกิดจากความไม่เสมอภาค ทั้งนี้เป็น เพราะวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองเองที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ

## 2. แนวความคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของประเทศเยอรมัน

### 2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองของเยอรมัน

พัฒนาการของสัญญาทางปกครองของเยอรมัน Otto Mayer ผู้เป็นบิดาแห่งกฎหมาย ปกครองเยอรมัน ได้ปฏิเสธถึงความมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง โดย Otto Mayer เห็นว่าเรื่องของ สัญญาโดยแท้จริงมีอาจเป็นไปได้ในขอบเขตของกฎหมายมหาชน เพราะโดยหลักพื้นฐานของ สัญญาต้องก่อตั้งขึ้นจากคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน แต่ในขณะที่ตามกฎหมายมหาชนรัฐมีฐานะ เหนือกว่าเอกชน (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ และคณะ, 2549, หน้า 28)

อย่างไรก็ดี Loening และ Stenel (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 1) ได้แสดงความคิดเห็น ไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครอง ในเรื่องรูปแบบการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครอง ว่ามี รูปแบบอื่นนอกเหนือจากคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองยังสามารถดำเนินการในรูปแบบสัญญา ทางปกครองได้ อีกทั้ง Leband (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 2) ได้ขยายความเรื่องนี้ไว้ด้วยว่า รัฐฝ่าย ปกครองสามารถทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนได้ เนื่องจากรัฐจะกระทำการทางปกครองใน รูปแบบใดตามกฎหมาย ที่รัฐเห็นว่าเหมาะสมและมีประโยชน์

Otto Mayer เป็นฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดข้างต้น โดยเห็นว่าจะต้องพัฒนากฎหมาย ปกครองให้เป็นอิสระจากกฎหมายแพ่ง ซึ่งรวมถึงในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาด้วย โดยหลักการพื้นฐาน ในทางกฎหมายมหาชน อันเป็นหลักการของอำนาจของรัฐในการแสดงเจตจำนงฝ่ายเดียวที่ ก่อให้เกิดผลผูกพัน นอกเหนือจากการแสดงเจตนาของรัฐดังกล่าวแล้วการแสดงเจตนาของเอกชน ไม่อาจก่อให้เกิดผลในการก่อตั้งสิทธิหรือหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ แต่อย่างใด

แนวความคิดของ Otto Mayer ได้เป็นที่ยอมรับในกฎหมายปกครองเป็นเวลานาน อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีผู้ไม่เห็นด้วยอยู่บ้าง เช่น Jellinek ได้อธิบายไว้ในหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครอง ในปี ค.ศ. 1931 ว่า สัญญาทางปกครองอาจเกิดขึ้นได้ ความเท่าเทียมกันในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญานั้นเกิดขึ้นได้ไม่ว่าจะพิจารณาจากกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายแพ่งก็ตาม (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 2) จนกระทั่งในปี 1945 เป็นต้นมา คำราและหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครองในประเทศเยอรมันเกือบทั้งหมดได้อธิบายถึงความเป็นไปได้ของสัญญาทางปกครองว่า เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 1958 ได้มีหนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครองออกมาร่วมกัน 3 เล่ม ที่กล่าวถึงความชอบด้วยกฎหมายของการทำสัญญาทางปกครอง (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 2)

ในปี ค.ศ. 1966 Forsthoff ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองไว้ว่า ในการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองโดยลำพังเพียงฝ่ายเดียวสามารถดำเนินการได้ในรูปแบบคำสั่งทางปกครองอันเป็นการดำเนินการตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ อย่างไรก็ตาม ภายใต้ขอบเขตหรือเรื่องราวที่แน่นอน ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการทางปกครองโดยวิธีการเจรจาตกลงกับเอกชนหรือประชาชน ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาก็ได้ คำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองต่างก็มีลักษณะและหน้าที่ของตนเอง

ความเห็นของ Otto Mayer ที่ยืนยันว่าสัญญาทางปกครองไม่อาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากการดำเนินการทางปกครองฝ่ายปกครองมีอำนาจฝ่ายเดียวในการออกคำสั่งเสมอ และสัญญาทางปกครองทำลายหลักเรื่องความเท่าเทียมกัน Forsthoff เห็นว่า ความเห็นดังกล่าวจะเป็นความจริงหากการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองนั้น เป็นไปโดยฝ่ายปกครองดำเนินการไปโดยอำเภอใจ สัญญาทางปกครองจะเกิดขึ้นมามากมายและหลากหลาย และคู่สัญญาฝ่ายที่เข้มแข็งกว่าก็จะได้ประโยชน์มากที่สุดจากสัญญาทางปกครองนั้น Forsthoff จึงได้เรียกร้องให้มีการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในเรื่องนี้ในกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะ โดย Forsthoff ได้เสนอให้นำหลักกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาใช้กับเรื่องสัญญาทางปกครองด้วย (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 3)

ต่อมาในปี ค.ศ. 1973 ได้เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยรัฐร่างดังกล่าวได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองไว้ในส่วนที่ 4 ตั้งแต่มาตรา 50 ถึงมาตรา 58 ในปีต่อมา Wolff และ Bachof ได้เขียนคำอธิบายเกี่ยวกับเรื่อง “หน้าที่ทางปกครองและสัญญาทางปกครอง” โดยได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องสัญญาทางปกครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของรัฐบาลไว้ด้วย (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 3)



แม้ว่าในทางวิชาการจะเป็นที่โต้เถียงกันมากก็ตาม แต่ในทางปฏิบัตินั้น ฝ่ายปกครอง กลับยอมรับความมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง เนื่องจาก ความจำเป็นที่จะต้องใช้รูปแบบของการ กระทำในลักษณะนี้ สำหรับในทางปฏิบัติของศาลนั้น ก็ได้มีการยอมรับเรื่องสัญญาทางปกครอง เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาของศาลปกครองในปี ค.ศ. 1966 ศาลปกครองสูงสุดของ สหพันธ์ได้พิพากษาถึงความจำเป็นของการมีสัญญาทางปกครอง การตรวจสอบและการใช้เหตุผล ถึงสัญญาทางปกครอง

ในที่สุด สัญญาทางปกครองได้มีการยอมรับต่างชัดเจนเคียงคู่กับคำสั่งทางปกครองใน ระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในปี ค.ศ. 1976 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 9 ได้บัญญัติเรื่องสัญญาทางปกครองเคียงข้างกับเรื่อง คำสั่งทางปกครอง และในมาตรา 54 ถึงมาตรา 62 ของกฎหมายฉบับเดียวกันนี้ ได้บัญญัติเกี่ยวกับ เรื่องรายละเอียดของหลักเกณฑ์ ประเภท รูปแบบความชอบด้วยกฎหมาย การเปลี่ยนแปลงแก้ไข และบอกเลิกสัญญาทางปกครอง ตลอดจนเรื่องการบังคับตามสัญญาทางปกครอง

## 2.2 เกณฑ์ในการพิจารณาสัญญาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการปฏิบัติ

### ราชการทางปกครอง

กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ( verwaltungsverfahren sgesetz-VWVFG) ได้บัญญัติถึงเรื่องสัญญาทางปกครอง โดยเฉพาะความสำคัญของสัญญาทางปกครองอันเป็น ทางเลือกของฝ่ายปกครอง หากฝ่ายปกครองไม่ต้องการที่จะออกคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น โดยหลัก พื้นฐานของกฎหมายแล้วสัญญาทางปกครองจึงมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ มีความมุ่งหมายเพื่อก่อตั้งเปลี่ยนแปลง หรือ ยกเลิกนิติสัมพันธ์ในขอบเขตของกฎหมาย มหาชน แต่ทั้งนี้มิได้จำกัดเฉพาะสำหรับความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน ( über-und unterordnungsverhältnisse) ดังเช่น คำสั่งทางปกครอง ซึ่งการนำสัญญาทางปกครองมาใช้เป็น เครื่องมือนั้น เป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้เข้าร่วมในการแสดงเจตนาตกลง ลักษณะเช่นนี้ไม่ใช่ ลักษณะของคำสั่งทางปกครอง

หลักเกณฑ์พื้นฐานเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คือการอนุญาตให้ฝ่ายปกครองกระทำ ในรูปสัญญาทางปกครอง มีความเห็นเป็น 2 แนวทางคือ ฝ่ายแรกเห็นว่าในกรณีของความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันนั้นฝ่ายปกครองจะทำสัญญาทางปกครองได้ต่อเมื่อกฎหมายกำหนดอนุญาตไว้อย่าง ชัดแจ้งเท่านั้น แต่ความเห็นฝ่ายที่สองเห็นว่า ฝ่ายปกครองอาจกระทำการในรูปของสัญญาทาง ปกครองได้ แต่การกระทำในรูปสัญญาต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ความเห็นของฝ่ายหลังถือว่าเป็นเสียง ส่วนใหญ่ในปัจจุบัน (บรรศักดิ์ อูวรรณ โณ และคณะ, 2549, หน้า 60)

บทบัญญัติมาตรา 54 ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเป็น บทบัญญัติทั่วไปที่อนุญาตให้ฝ่ายปกครองกระทำการในรูปสัญญาทางปกครองได้ และมาตรา 55 ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์และเหตุแห่งการตกเป็น โมฆะที่เป็นการกำจัดขอบเขตการทำสัญญาไว้ด้วย อันเป็นการประนีประนอมระหว่างสองแนวความคิดข้างต้น โดยสองมาตราดังกล่าวได้บัญญัติ ยึดถือทางสายกลาง ในมาตรา 54 บัญญัติว่า โดยหลักทั่วไปแล้วสัญญาทางปกครองสามารถนำไปใช้ กับกรณีของการกำหนดความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน ( über und unterordnungsverhältnis) ตาม ความเห็นของเสียงส่วนใหญ่ และนอกจากนี้ยังคำนึงถึงทฤษฎีสัญญาตามบทบัญญัติของกฎหมาย (sog. normativen vertrastheorie) อันเป็นทฤษฎีที่เห็นว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการในรูปแบบของ สัญญาทางปกครองได้ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับกรณีที่ คู่สัญญาไม่เท่าเทียมกัน (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 60)

สัญญาทางปกครองตามความหมายมาตรา 54 คือ สัญญาที่กำหนดเกี่ยวกับข้อเท็จจริง ซึ่งตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายมหาชนมาใช้ในการกำหนดข้อเท็จจริงดังกล่าว ซึ่งหมายถึงสัญญาที่ มีความมุ่งหมายเพื่อก่อตั้งหรือเปลี่ยนแปลงความผูกพัน หรือสิทธิในกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือกำหนดรายละเอียดของสิทธิและหน้าที่ในความสัมพันธ์ที่ ไม่เท่าเทียมกัน จากคำนิยามตามมาตรา 54 ข้างต้น สามารถแยกองค์ประกอบของสัญญาทาง ปกครองได้ดังนี้ (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 4)

ประการแรก ต้องเป็นสัญญา สัญญาทางปกครองเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้น หลัก กฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญาตามกฎหมายแพ่งจึงต้องนำมาใช้กับสัญญาทางปกครองด้วย เช่น เรื่อง การแสดงเจตนาในการทำสัญญาและหลักเรื่องสัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีการแสดงเจตนาเสนอสนอง ถูกต้องตรงกัน เป็นต้น

ประการที่สอง เนื้อหาสาระของสัญญานั้นเป็นเรื่องกฎหมายมหาชน เมื่อพิจารณา ถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองแล้วในกฎหมายดังกล่าวใช้คำว่า “öffentlich-rechtlicher vertrag” ซึ่งแปลตามถ้อยคำแล้วจะได้ความว่า “สัญญาตามกฎหมาย มหาชน” และในบทนิยามที่กำหนดถ้อยคำดังกล่าวใช้คำว่า “นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน (rechtsverhältnis auf dem gebiet des öffentlichen rechts)” ถ้าหากจะตีความตามคำแปลดังกล่าว อาจจะไม่ต้องนึก เพราะจะรวมถึงสัญญาระหว่างรัฐกับรัฐ หรืออนุสัญญาระหว่างประเทศได้ด้วย เมื่อพิจารณามาตรา 1 (1) ของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งกล่าวถึงเรื่องการ ปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายมหาชนของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ประกอบกับมาตรา 9 ได้กล่าวถึงความหมายของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะเห็นได้ว่า สัญญาตามกฎหมายมหาชน หมายความว่า สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ตกลงทำสัญญาและภายในขอบเขตของกฎหมาย

ปกครองเท่านั้น ดังนั้นคำว่า “Öffentlich-rechtlicher Vertrag” ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงหมายถึง “สัญญาตามกฎหมายปกครอง” หรือสัญญาทางปกครองนั่นเอง กล่าวโดยสรุปก็คือ สัญญาทางปกครอง หมายถึง สัญญาที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายปกครองอันเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง หรือระงับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายปกครอง

### 2.3 การแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง

สัญญาทางปกครองแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งตรงที่วัตถุประสงค์แห่งสัญญา โดยสัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ในขอบเขตกฎหมายมหาชน ส่วนวัตถุประสงค์แห่งสัญญาของสัญญาทางแพ่งเป็นนิติสัมพันธ์ในขอบเขตกฎหมายเอกชน

ดร.มานิต วงศ์เสรี ได้อธิบายเรื่องนี้ไว้ว่า (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 5-9) การพิจารณาถึงพื้นฐานหรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญาว่า สัญญานั้นจะเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครองนั้น ตามหลักทั่วไปต้องพิจารณาจากสภาพข้อเท็จจริงทั้งหมดในลักษณะภาวะวิสัย สำหรับเจตนาของคู่สัญญานั้นไม่ใช่สาระสำคัญ อย่างไรก็ตามในบางกรณีจะต้องคำนึงถึงด้วยว่าภายในขอบเขตของอำนาจหน้าที่ในการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองนั้น รัฐหรือฝ่ายปกครองมีสิทธิเลือกที่จะกระทำการในรูปแบบตามกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายเอกชนด้วยหรือไม่ เนื่องจากกรณีนี้ยังมีความสำคัญที่จะต้องพิจารณาเจตนาของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการวินิจฉัยว่า สัญญานั้นเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง เช่น หากปรากฏว่าการกำหนดเรื่องข้อบังคับในการใช้ห้องสมุดของเมืองนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของเมืองมีดุลพินิจในการบริหารจัดการได้เอง ฉะนั้นหากเจ้าหน้าที่เลือกกำหนดให้มีการยืมหนังสือได้โดยความผูกพันตามกฎหมายเอกชน สัญญา ยืมหนังสือที่กระทำไปจึงต้องพิจารณาพื้นฐาน หรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญาตามกฎหมายเอกชน (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 6)

สำหรับการแบ่งแยกระหว่างสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่ง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 54 ประโยคที่หนึ่งแห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ค.ศ. 1976 นั้น บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้พิจารณาจากพื้นฐาน หรือธรรมชาติทางกฎหมายของสัญญานั้น โดยการตรวจสอบจากเนื้อหาสาระหรือวัตถุประสงค์แห่งสัญญา (gegenstand des vertrags) นั่นเอง ดังนั้นด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น สัญญาทางปกครองจึงอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีดังต่อไปนี้ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2542, หน้า 5)

กรณีแรก เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในกฎหมายปกครอง เช่น การตกลงกันของคู่สัญญาในระหว่างกระบวนการเวนคืนตามกฎหมาย

กรณีที่สอง เนื้อหาของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการอื่นใดในทางปกครอง เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

กรณีที่สาม เนื้อหาสาระของสัญญามีลักษณะเป็นการกำหนดสิทธิหรือหน้าที่ในทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เช่น กำหนดให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องก่อสร้างที่จอดรถ เป็นต้น

ปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการใช้วัตถุแห่งสัญญาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยก คือ บางครั้งเนื้อหาของสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญา เช่น การจ่ายเงินนั้นมีลักษณะหรือสภาพเป็นกลาง กล่าวคือ เนื้อหาของสัญญาที่มีจุดเกาะเกี่ยวทั้งกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน ในกรณีนี้นักกฎหมายบางส่วนเสนอให้คู่ที่มีวัตถุประสงค์ของการปฏิบัติการชำระหนี้ และคู่ที่มีลักษณะทั่วไปของสัญญานั้น ถ้าคู่สัญญาฝ่ายเอกชนชำระเงิน โดยต้องการให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครอง หรือปฏิบัติการอื่นใดในทางปกครองย่อมถือได้ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

ในทางปฏิบัติก็ยังมีปัญหาว่า ในกรณีที่เนื้อหาของสัญญา มีทั้งส่วนที่เป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนนั้น จะถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชนหรือสัญญาทางปกครอง ยกตัวอย่างเช่น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนตกลงโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินของตนส่วนหนึ่งให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น โดยองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นตกลงว่าจะยกเว้นหน้าที่บางประการตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารและการวางผังเมืองให้ หรือจะลดค่าธรรมเนียมที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันเนื่องมาจากการก่อสร้างของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้ตามมูลค่าของที่ดินที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้โอนให้ในกรณีเช่นนี้ เนื่องจากการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินของฝ่ายเอกชนให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามกฎหมายเอกชน นักกฎหมายส่วนหนึ่งจึงเห็นว่าสัญญานี้คือ “สัญญาผสมระหว่างสัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง (gemischt öffentlichrechlich/privatrechtlicher vertrag)” ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีพิพาทจึงต้องแยกพิจารณาว่า หากพิพาทกันส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายเอกชน คู่กรณีจะต้องนำข้อพิพาทไปฟ้องร้องยังศาลยุติธรรม เช่น ข้อพิพาทที่เกิดจากคู่กรณีฝ่ายเอกชนไม่ยอมโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้ และหากพิพาทกันในส่วนของเนื้อหาที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการที่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ลดค่าธรรมเนียมให้ตามที่ตกลง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ซึ่งความเห็นดังกล่าวนี้นักกฎหมายจำนวนไม่น้อยยังไม่เห็นด้วย และได้เสนอให้พิจารณาจากลักษณะธรรมชาติในทางกฎหมาย (rechtsnatur) ของสัญญาในลักษณะเอกภาพ กล่าวคือ ถ้าเนื้อหาของสัญญาแม้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง ซึ่งเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญเป็นเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง ให้ถือว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาทางปกครอง

## 2.4 ประเภทของสัญญาทางปกครอง

2.4.1 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะเท่าเทียมกัน ( koordinationsrechtlicher vertrag) ตามมาตรา 54 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้บัญญัติให้พิจารณาความสัมพันธ์ของคู่สัญญากรณีแรกนี้เป็นความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่มีฐานะเท่าเทียมกัน โดยทั่วไปได้แก่ ฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ซึ่งนิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองประเภทนี้ไม่อาจก่อตั้งโดยอาศัยการออกคำสั่งทางปกครองได้ เหตุผลของการมีสัญญาทางปกครองประเภทนี้ก็เพราะกฎหมายต้องการให้เครื่องมือแก่ฝ่ายปกครองที่จะก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองกับองค์กรทางปกครองอื่น (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 10) ยกตัวอย่างเช่น สัญญาระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาแม่น้ำที่ไหลผ่านเขตแดนขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งสอง หรือสัญญาระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นกับมลรัฐเกี่ยวกับภาระหน้าที่ในการกำจัดขยะมูลฝอย หรือสัญญาระหว่างองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นกับสหพันธ์ในเรื่องเกี่ยวกับหน้าที่ในการดูแลรักษาและก่อสร้างถนน เป็นต้น

2.4.2 สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกัน (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 11) (subordinationsrechtliche vertrag) เป็นกรณีตามมาตรา 54 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดไว้เช่นกัน เหมือนกับสัญญาประเภทแรก ซึ่งสัญญาประเภทนี้โดยทั่วไปจะได้แก่สัญญาระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนนั่นเอง ยกตัวอย่างเช่น สัญญาที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญากับเอกชนว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะยังไม่เข้าดำเนินการใดๆ กับอาคารของเอกชนที่ได้ก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร หากเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของอาคารดังกล่าวจะทำการรื้อถอนและแก้ไข เปลี่ยนแปลงอาคารนั้นให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในระยะเวลา 3 เดือน เป็นต้น

สัญญาทางปกครองที่คู่สัญญามีฐานะไม่เท่าเทียมกันนี้ โดยปกติทั่วไปจะเป็นเรื่อง ที่องค์การฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้เป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครอง แต่อย่างไรก็ตามสัญญาประเภทนี้ก็ได้จำกัดเฉพาะการเป็นเครื่องมือแทนการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น หากแต่ยังสามารถนำไปใช้ในกรณีอื่นๆ ที่เป็นการตกลงก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชน เช่น สัญญาระหว่างองค์การฝ่ายปกครองกับข้าราชการในเรื่องเกี่ยวกับการชำระเงินที่ฝ่ายปกครองได้จ่ายให้ไปเพื่อการศึกษาหรืออบรมดูงาน กลับคืน ในกรณีที่ข้าราชการลาออกจากตำแหน่งหน้าที่ก่อนกำหนดเวลาตามที่ตกลงกัน หรือกรณีของการผิดสัญญาขอใช้ทุนลาศึกษาต่อต่างประเทศ เป็นต้น

2.4.3 สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง ( vergleichsvertrag) สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครองมีวัตถุประสงค์ที่จะแก้ไขปัญหาในเรื่องความไม่แน่นอนหรือเพื่อหาข้อยุติใน

ปัญหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ตามมาตรา 55 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยอาศัยการตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับเอกชนมีข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทกันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย ซึ่งมีผลต่อการวินิจฉัยเรื่องทางปกครอง และข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายนั้นมีความไม่แน่นอน

สัญญาระงับข้อพิพาททางปกครอง ตามมาตรา 55 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

ประการแรก มีความไม่แน่นอนหรือยังหาข้อยุติไม่ได้ในเรื่องเกี่ยวกับพฤติการณ์ทางข้อเท็จจริงหรือประเด็นข้อกฎหมาย

ประการที่สอง ความไม่แน่นอนหรือข้อยุติดังกล่าวไม่สามารถขจัดไปได้ หรือจะขจัดไปได้ก็ต้องเสียเวลาหรือค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก

ประการที่สาม คู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทั้งองค์การฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนสามารถตกลงระงับข้อพิพาททางปกครองนั้นได้

ตัวอย่างของสัญญาประเภทนี้ เช่น สัญญาระงับข้อพิพาทในค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืน ซึ่งได้แก่ สัญญาตามข้อตกลงระหว่างรัฐ หรือฝ่ายปกครองกับเอกชนเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเวนคืนทรัพย์สิน ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ต้องไปฟ้องร้องกันอีก (มานิต วงศ์เสรี, 2545, หน้า 12)

#### 2.4.4 สัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ( austauschvertrag)

ตามมาตรา 56 กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้กำหนดลักษณะสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ได้แก่ สัญญาที่ฝ่ายปกครองและเอกชนมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า การชำระหนี้ต่างตอบแทนของคู่สัญญาฝ่ายเอกชนนั้นจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

ลักษณะแรก สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่แน่นอนตามที่ตกลงกำหนดกันไว้ในสัญญา

ลักษณะที่สอง เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือวัตถุประสงค์ของกิจการทางปกครอง

ลักษณะที่สาม จะต้องมีความถูกต้องและเหมาะสม และ

ลักษณะที่สี่ เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกับการปฏิบัติการชำระหนี้ตอบแทนตามสัญญา

เหตุผลที่ได้บัญญัติสัญญาต่างตอบแทนทางปกครองนี้ทำเพื่อป้องกันมิให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้ทรัพย์สินหรือสิทธิประโยชน์ของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันก็เพื่อ

คุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ให้ถูกเอาเปรียบหรือถูกเรียกร้อยให้กระทำการชำระหนี้ตอบแทนในสิ่งที่ตนไม่ผูกพันตามกฎหมาย

ยกตัวอย่างสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง เช่น สัญญาเกี่ยวกับการมอบหมายให้ก่อสร้าง (อันมีปัญหาเกี่ยวกับการจัดการเรื่องคัดค้านการจ่ายเงินหรือการโอนที่ดิน) นั้น เข้าลักษณะสัญญาต่างตอบแทนทางปกครอง ดังนี้ เงินที่เอกชนชำระไว้จะถูกนำมาใช้สำหรับการก่อสร้างสถานที่จอดรถยนต์ที่ได้กำหนดไว้แล้ว การก่อสร้างสถานที่จอดรถดังกล่าวต้องดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ จำนวนเงินจะเป็นไปตามความเหมาะสมได้ เมื่อจำนวนเงินดังกล่าวปรับสอดคล้องกันอย่างไรก็ดี ส่วนตามมูลค่ารวมของสถานที่จอดรถยนต์ หรือเมื่อจำนวนเงินดังกล่าวสอดคล้องกันกับการที่เอกชนได้ประหยัดเงินในสิ่งที่ไม่จำเป็นต้องมีก็ได้ จุดแลกเปลี่ยนกันนั้นมีขึ้นได้ เพราะการจัดทำสถานที่จอดรถยนต์ จะเป็นไปได้ก็ด้วยการจ่ายเงินซึ่งเจ้าของอาคารประสงค์ให้มีขึ้นบนที่ดินของตนเอง แต่คิดขัดเงื่อนไขด้านสถานที่ที่คับแคบ จึงไม่สามารถจัดทำสถานที่จอดรถเองได้ (บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ และคณะ, 2549, หน้า 77)

รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2542, อ้างถึงใน บุษพา อัครพิมาน, 2545, หน้า 84) ได้สรุปคำอธิบายในเรื่องสัญญาทางปกครองของเยอรมันไว้ว่า ถือเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งซึ่งเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่นๆ การตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองจึงตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ในทางกฎหมายปกครอง แม้ว่ากฎหมายจะบัญญัติให้ฝ่ายปกครองใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือก่อตั้งนิติสัมพันธ์แทนการออกคำสั่งทางปกครอง แต่ขอบเขตการใช้สัญญาทางปกครองก็รวมไปถึงกรณีอื่นด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีออกคำสั่งทางปกครองก่อตั้งนิติสัมพันธ์ได้ ลักษณะเด่นของสัญญาทางปกครองของเยอรมันอีกประเภทหนึ่ง คือ การเน้นความเท่าเทียมกันของคู่สัญญา ซึ่งเป็นลักษณะที่แตกต่างจากสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส แม้กระนั้น ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะฝ่ายปกครองก็อาจใช้สิทธิพิเศษเลิกสัญญาทางปกครองได้ กับหลักการในทฤษฎีสัญญาทางปกครองของเยอรมันที่อาจมีประโยชน์ในการพัฒนาทฤษฎีสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายไทย คือ การใช้ “การก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ในทางปกครอง” เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง แม้หลักเกณฑ์ในการดังกล่าวนี้จะเป็นนามธรรมอยู่มาก แต่ก็มีลักษณะเป็นการทั่วไปที่จะนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยได้นอกจากนี้ เรื่องเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของสัญญาทางปกครอง และรูปแบบของสัญญาทางปกครองประเภทต่างๆ ก็มีประโยชน์ในการเปรียบเทียบกับสัญญาทางปกครองของไทย ซึ่งได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีสัญญาทางปกครองของฝรั่งเศสด้วย

### 3. แนวความคิดและวิวัฒนาการเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองของประเทศไทยก่อนจัดตั้งศาลปกครอง

แนวความคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของไทยนับได้ว่าเกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว ดังจะเห็นได้จาก พระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมืองซึ่งจะทำสัญญากับชาวต่างประเทศ พ.ศ. 2417 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ทรงแยกสัญญาปับลิก (public contract) ออกจากสัญญาไปรเวท (private contract) โดยกำหนดว่าสัญญาไปรเวทเป็นสัญญาที่เกี่ยวกับการซื้อขายสิ่งของต่างๆ จ้างคน ช่างไม้ เช่าที่ เช่าเรือ เช่าตึก เช่าโรง เช่าแพที่มีเจ้าของ ซึ่งมีลักษณะเป็นธุรกิจระหว่างเอกชนกับเอกชน ส่วนสัญญาปับลิกหรือที่กฎหมายถือว่าเป็นสัญญาแผ่นดิน เป็นสัญญาที่ทำระหว่างผู้รักษาเมืองกับชาวต่างชาติ ในกิจการที่เกี่ยวกับการค้าไม้ การขุดแร่ ทำข้าวสาร ดินบุก ร่อนทอง ขุดคลอง ทำทาง ทำปลา ผูกภาษีอากร ทำสวนไร่นาที่ไม่มีเจ้าของอื่นอันเป็นของแผ่นดิน ซึ่งสัญญาเหล่านี้จะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับพระบรมราชานุญาตแล้วเท่านั้น ก็มีลักษณะคล้ายสัญญาทางปกครองในระบบศาลคู่ (สำนักงานศาลปกครอง, 2547 ข, หน้า 2) หรือเป็นกรณีที่มีการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น การสร้างทางรถไฟ ถนน เหล่านี้ก็ต้องมีการพระราชทานพระบรมราชานุญาตให้เอกชนจัดให้มีกิจการและดำเนินการสิ่งสาธารณูปโภคดังกล่าว โดยรัฐให้ผลตอบแทนในลักษณะของการให้เอกชนมีสิทธิผูกขาดแต่เพียงผู้เดียวที่จะแสวงหาประโยชน์ที่มีระยะเวลาค่อนข้างยาวนาน

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 บรรพ 2 ขึ้นในปี พ.ศ. 2467 แนวความคิดเรื่องสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายเอกชนก็ใช้เป็นหลักในการทำสัญญาทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นสัญญาของส่วนราชการหรือของเอกชน หลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการก่อให้เกิดสัญญา ผลของสัญญา มัดจำและการกำหนดเบี้ยปรับ การเลิกสัญญา หรือการแก้ไขสัญญา รวมทั้งหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสมบูรณ์ของสัญญา ได้แก่ การแสดงเจตนา โฆษะกรรมและโมฆียกรรม หรือหลักกฎหมายว่าด้วยหนี้ นอกจากนี้ในกรณีที่สัญญาของฝ่ายปกครองที่เป็นสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งในบรรพ 3 เอกเทศสัญญา หลักกฎหมายเกี่ยวกับเอกเทศสัญญานั้นๆ ก็จะถูกนำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นเสมอ

นอกจากนี้ในกรณีที่สัญญาของฝ่ายปกครองสัญญาใดเป็นสัญญาเอกเทศสัญญาประเภทใดประเภทหนึ่งตามบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับเอกเทศสัญญานั้นๆ ก็จะถูกนำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองนั้นด้วยเช่นกัน ดังนี้  
กรณีแรก การก่อให้เกิดสัญญาและความสมบูรณ์ของสัญญาในเรื่องของการก่อให้เกิดสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น หลักกฎหมายเรื่องการก่อให้เกิดสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 354



ถึงมาตรา 368 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องคำเสนอและคำสนองจะถูกนำมาปรับใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยเสมอ ดังเช่น

คำพิพากษาฎีกาที่ 2802/2523 (นางเพชรชมภู ทรัพย์ศรีโสภา โจทก์ กระทรวงอุตสาหกรรมฯ กับพวก จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า คำประกาศแจ้งความของจำเลยทั้งสี่ที่ทำให้มีการประมูลการเช่าสัมปทานโรงงานสุราแม่โจงบางอีขัน เป็นเพียงคำเชื้อเชิญให้ผู้สนใจทำคำเสนอขึ้นมาเท่านั้น หนังสือของโจทก์ที่ขอเข้าประกวดราคาด้วยเป็นคำเสนอ เมื่อจำเลยบอกปิดคำเสนอดังกล่าว โจทก์จำเลยไม่มีสัญญาและนิติสัมพันธ์ใดๆ ต่อกัน

คำพิพากษาฎีกา 1825/2522 (กรมทางหลวงฯ โจทก์ ห.จ.ก. สหพัฒนชัยฯ กับพวก จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ประกาศให้ยื่นประกวดราคาขายของเป็นคำเชิญชวนให้ทำคำเสนอ หนังสือเสนอราคาประกาศเป็นคำเสนอ โจทก์รับคำประกวดราคาของจำเลยและแจ้งให้จำเลยไปทำหนังสือสัญญาตามกำหนดในประกาศเรียกประกวดราคาเป็นคำสนอง แต่สัญญาจะเกิดต่อเมื่อ โจทก์จำเลยทำสัญญาเป็นหนังสือตามที่กำหนดในประกาศ จำเลยไม่ไปทำหนังสือสัญญา โจทก์รับมัดจำของประกวดราคาได้ตามข้อตกลงในการประกวดราคา แต่ยังไม่มีความซื้อขาย จำเลยไม่ต้องใช้ค่าเสียหายที่โจทก์ซื้อของแพงกว่าราคาที่จำเลยเสนอขายแก่โจทก์

สำหรับเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญานั้น หลักกฎหมายในเรื่องของบทเบ็ดเสร็จทั่วไปแห่งนิติกรรมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 149 ถึง มาตรา 153 จะถูกนำมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยเสมอ ดังเช่น

คำพิพากษาฎีกา 752/2504 (จังหวัดสมุทรสาคร โดยนายพุง ต้นดีลีปกร ผู้ว่าราชการจังหวัด โจทก์ นายไพศาล ศรีจันทร์ จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ในเรื่องการประมูลผูกขาดทำประมง กฎกระทรวงเกษตรฯ วางระเบียบว่า เมื่อชี้ขาดให้ผู้ใดได้รับประมูลแล้วก็ให้เรียกผู้นั้นมาชำระเงินและดำเนินการออกประทานบัตรตามแบบพิมพ์ ปรากฏว่าจำเลยประมูลได้และได้วางเงินมัดจำไว้ร้อยละ 10 แล้ว จำเลยไม่มาทำสัญญาตามแบบพิมพ์ และเจ้าหน้าที่ยังไม่ออกประทานบัตรให้ แต่เจ้าหน้าที่ได้ยินยอมอนุญาตให้จำเลยเข้าทำการประมงตามที่ประมูลได้นั้นและจำเลยเข้าทำ ถือว่ามีสัญญาต่อกันแล้วการไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่วางไว้ไม่ได้ทำให้สัญญาเป็นโมฆะฟ้องร้องไม่ได้

กรณีที่สอง ผลของสัญญา สำหรับเรื่องผลของสัญญานั้น หลักกฎหมายในเรื่องผลของสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 369 ถึง มาตรา 372 จะถูกนำมาใช้กับสัญญาของฝ่ายปกครองด้วยเสมอ

ข้อหารื้อที่ 16/2537 (องค์การสะพานปลา หรือ สำนักงานอัยการสูงสุด กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดทะเลตราด เรื่องไม่ปฏิบัติตามสัญญา) ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า เมื่อทำ

สัญญาให้สิทธิบริหารงานทำเทียบเรือ แต่ไม่ชำระค่าตอบแทน ถือว่าทำผิดสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ แต่เมื่อยังไม่ได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ชำระค่าตอบแทนได้ สัญญาก่อสร้างอาคารพาณิชย์ในที่ดินแล้วกรรมสิทธิ์ให้ เป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อผู้ให้สัญญาไม่อาจส่งมอบที่ดินได้บางส่วน เนื่องจากการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย ย่อมไม่อาจที่จะเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งก่อสร้างอาคารพาณิชย์ได้ ทั้งไม่อาจเรียกค่าตอบแทน ค่าเสียหาย หรือค่าปรับใดๆ ทั้งสิ้น

ข้อหาหรือที่ 15/2535 (กรมการปกครอง หรือ สำนักงานอัยการสูงสุด กรณีซื้อกระสุนปืนเล็ก) ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า กรมการปกครองได้ทำสัญญาซื้อขายกระสุนปืนเล็กซึ่งผลิตโดยบริษัทผู้ผลิตในประเทศสเปนจากบริษัทผู้ขาย ต่อมาภายหลังปรากฏว่า บริษัทผู้ผลิตกระสุนตามที่ระบุในสัญญาได้หยุดผลิตกระสุนปืนทุกชนิด ย่อมถือได้ว่าการชำระหนี้ของผู้ขายกลายเป็นพันวิสัย บริษัทผู้ขายย่อมหลุดพ้นจากการชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219

กรณีที่สาม มัดจำและกำหนดเบี้ยปรับ ในส่วนมัดจำและกำหนดเบี้ยปรับของสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น หลักกฎหมายในเรื่อง มัดจำและกำหนดเบี้ยปรับตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 386 ถึงมาตรา 394 จะถูกนำมาปรับใช้ด้วยเช่นกัน ดังเช่น

ข้อหาหรือที่ 21/2538 (จังหวัดราชบุรีหรือสำนักงานอัยการสูงสุดเกี่ยวกับการคิดค่าปรับ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ปรัชญาสถาปัตย์ ที่ก่อสร้างบ้านพักราชการ เรื่อง การแจ้งสงวนสิทธิในการเรียกค่าปรับตามสัญญา) ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า เมื่อคณะกรรมการตรวจการจ้างได้รับมอบงานและได้จ่ายค่าจ้างไปแล้ว โดยไม่ได้สงวนสิทธิในการเรียกค่าปรับในเวลาชำระหนี้ผู้ว่าจ้างย่อมสิ้นสิทธิในการเรียกค่าปรับตามสัญญา การแจ้งสงวนสิทธิในภายหลังย่อมไม่มีผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 379 มาตรา 381 วรรคแรก กรณีนี้จึงไม่อาจเรียกเอาค่าปรับดังกล่าวได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 381 วรรคท้าย

ข้อหาหรือที่ 27/2535 (การสื่อสารแห่งประเทศไทยหรือสำนักงานอัยการสูงสุดเกี่ยวกับสัญญาจ้างจัดพิมพ์อนุทินไดอารี่ เรื่อง เมื่อรับงานต้องสงวนสิทธิเรียกค่าปรับไว้) สำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า เมื่อส่งมอบของตามสัญญาล่าช้า เป็นการไม่ปฏิบัติตามสัญญา ย่อมบอกเลิกสัญญาและเรียกเบี้ยปรับได้ แต่เมื่อมีการเสนอลดราคา ผู้ว่าจ้างได้ตกลงรับของนั้นไว้โดยมิได้บอกสงวนสิทธิการปรับจึงไม่มีสิทธิเรียกเอาเบี้ยปรับได้

กรณีที่สี่ การเลิกสัญญา ในเรื่องของการเลิกสัญญาของฝ่ายปกครองนั้น หลักกฎหมายในเรื่องการเลิกสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 386-394 จะถูกนำมาปรับใช้ด้วยเช่นกัน การเลิกสัญญาสามารถบอกเลิกได้ 2 กรณี คือ โดยข้อสัญญา หรือ มีกฎหมายบัญญัติให้เลิกสัญญาได้ ดังเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกา 948/2525 (ห.จ.ก. รวมชัยสถาปัตยกรรม โจทก์ กรมตำรวจกับพวก จำเลย) ซึ่งศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า การทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคาร จำเลยผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องมอบพื้นที่ และกำหนดแนวเขตพื้นที่ที่โจทก์จะต้องก่อสร้าง การที่จำเลยตั้งระงับการก่อสร้างเพราะการวางผัง และตอกเสาเข็มรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นนั้น เป็นความผิดของจำเลยที่ไม่ตรวจสอบแนวเขต ที่ดินให้แน่นอนเสียก่อน จำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาที่ไม่สามารถให้โจทก์ดำเนินการก่อสร้างตาม สัญญาต่อไปได้ แสดงว่าคู่สัญญาไม่ถือเอากำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญาเป็นข้อสำคัญอีกต่อไป กรณีต้องด้วย ป.พ.พ.มาตรา 387 คือ โจทก์ต้องบอกกล่าวให้จำเลยดำเนินการให้โจทก์ลงมือ ก่อสร้างต่อไป โดยกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้จำเลยแก้ไขข้อขัดข้องถ้าไม่สามารถแก้ไขภายใน ระยะเวลาที่กำหนดให้แล้ว โจทก์จึงจะบอกเลิกสัญญาได้ หากไม่ปฏิบัติตามดังกล่าว โจทก์ก็ยังมีสิทธิ บอกเลิกสัญญา เมื่อโจทก์ยังไม่มีแม้แต่สิทธิที่จะบอกเลิกสัญญา ก็ไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหาย กรณีที่ห้า การแก้ไขสัญญา โดยทั่วไปแล้วถือว่า การแก้ไขสัญญาของฝ่ายปกครองก็ เช่นเดียวกับกรณีของสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชนซึ่งจะต้องเป็นไปตามแนวทางที่เกิดจากการ เจริญตกลงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าเกิดจากเจตนาาร่วมกันของคู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายเสมอ ฉะนั้นการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยทั่วไปแล้วทำไม่ได้ ดังเช่น

ข้อหาหรือที่ 73/2525 (สำนักราชเลขาธิการ หรือ สำนักงานอัยการสูงสุด เกี่ยวกับสัญญา ว่าจ้างบริษัท นันทวัน จำกัด บูรณะอาคารศาลากลาง เรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญา : ป.พ.พ. แก้ไข สัญญา มาตรา 354, ความรับผิดผู้ว่าจ้าง มาตรา 587) ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า เมื่อมีการแก้ไขสัญญาทำให้ค่าใช้จ่ายในการต้องปฏิบัติตามสัญญานั้นเพิ่มขึ้น ผู้ว่าจ้างจะต้องเป็น ผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในส่วนที่เพิ่มขึ้นนี้

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันได้มีการดำเนินการในลักษณะที่เป็นการผ่อนคลายนหลักเกณฑ์ใน การแก้ไขสัญญากับกรณีของสัญญาที่เกี่ยวกับการก่อสร้าง ซึ่งโดยทั่วไปเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ ระเบียบว่าด้วยการพัสดุ ในส่วนที่เกี่ยวกับราคา โดยในปี พ.ศ. 2532 ได้มีมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 22 สิงหาคม พ.ศ. 2532 (แจ้งตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0203/ว 109 ลงวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2532) ให้นำสัญญาแบบปรับราคาได้มาใช้ในสัญญาของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับ การก่อสร้าง โดยนำเอา ค่า k (escalation factors) ที่มีการตกลงระบุกันไว้ในสัญญามาคำนวณ ค่าปรับราคาในกรณีเพิ่มหรือลดค่างานจากค่างานเดิม โดยไม่ถือว่าเป็นขัดกับระเบียบสำนัก นายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535(บรรพศักดิ์ อูวรรณ โณ และคณะ, 2549, หน้า 248-262) อย่างไรก็ดี ภายหลังจากการจัดตั้งคณะกรรมการเรื่องราวจ้างทุกชั้นในสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา โดยบันทึกของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.อมร

จันทรสุมบูรณ์ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้น พยายามนำแนวคิดเรื่องสัญญาทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้ในสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน ดังจะเห็นได้จากบันทึกท้ายคำวินิจฉัยที่ 26/2529 ได้อธิบายถึงหลักพื้นฐานของสัญญาทางปกครองไว้ว่า สัญญาทางปกครอง (contract administratif) เมื่อนิติกรรมทางปกครองมุ่งไปถึงอำนาจการสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ดังนั้นการผูกพันในลักษณะสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน (สัญญาทางปกครอง) จึงมีเงื่อนไขสำคัญว่า เอกชนซึ่งเป็นผู้สัญญาของรัฐจำเป็นต้องให้ความยินยอม (consentement) ก่อน นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่จึงมักไม่ถือว่าสัญญาของฝ่ายปกครองเป็นนิติกรรมทางปกครอง และให้สัญญาทางปกครองเป็นหัวข้อต่างหาก โดยเฉพาะของกฎหมายปกครอง และมีหลักกฎหมาย (régime juridique) ของสัญญาทางปกครอง แยกออกจากนิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว) ความหมายของคำว่าสัญญาทางปกครอง อาจจะแตกต่างกันในประเทศต่างๆ ที่พัฒนาในทางปกครองแล้ว แต่ก็มีแนวทางที่ยอมรับกัน โดยทั่วไปว่า แม้ว่าการเข้าทำสัญญา ซึ่งเอกชนยังต้องให้การยินยอมในการเข้าผูกพันตามสัญญาก็ตาม แต่ตามข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง (ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไป) รัฐก็ยังสงวนอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเพื่อรักษาและคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณะได้ ฯลฯ (แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องมิให้เอกชนต้องเสียหาย) (อมร จันทรสุมบูรณ์, 2544, หน้า 3)

### 3.1 กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของฝ่ายปกครองก่อนจัดตั้งศาลปกครอง

สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชนนั้น จะปรากฏในพระราชบัญญัติต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการให้สัมปทานที่มีจำนวนมาก ในปัจจุบันก็อาจจะเปลี่ยนรูปแบบไปบ้างโดยอาจจะเป็นการให้เอกชนเข้ามาร่วมลงทุน หรือสัญญาที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้าง ในที่นี้จะแบ่งพิจารณาเป็นสามกลุ่มดังนี้

#### 3.1.1 กลุ่มกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการให้สัมปทาน

ได้แก่ พระราชบัญญัติจัดวางการรถไฟและทางหลวง พ.ศ. 2464 มีสาระสำคัญ 3 ส่วนด้วยกัน คือ เป็นบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับการรถไฟแผ่นดิน ในมาตรา 8 บัญญัติให้รถไฟแผ่นดินเป็นสมบัติของแผ่นดิน และอยู่ในบังคับบัญชาของกรมรถไฟแผ่นดิน เมื่อรัฐมีความจำเป็นต้องได้อสังหาริมทรัพย์มาสร้างทางรถไฟก็จะใช้วิธีการซื้อที่ดิน โดยมีการออกพระราชกฤษฎีกาให้จัดซื้อที่ดินในราชกิจจานุเบกษาและ เมื่อกรมรถไฟแผ่นดินได้จ่ายเงินค่าทำขวัญให้แก่เจ้าของที่ดินแล้ว ก็มีสิทธิเข้าปกครองยึดทรัพย์นั้นได้ ในกรณีตกลงค่าทำขวัญไม่ได้ก็สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละคนสำหรับชี้ขาดในเรื่องราคา ตามมาตรา 35 นอกจากนี้ ก็ยังมีบทบัญญัติอื่นๆ เกี่ยวกับการดูแลและการซ่อมบำรุง และความปลอดภัยเกี่ยวกับรถไฟ สาระสำคัญอีกอย่าง คือ บทบัญญัติเกี่ยวกับรถไฟราษฎร์ หรือการดำเนินการจัดการรถไฟโดยเอกชน มาตรา 95 ได้บัญญัติไว้ให้กิจการรถไฟเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยรัฐ เอกชนผู้ใดจะทำกิจการรถไฟจะต้องได้รับพระราชทานพระบรม

ราชานุญาต เมื่อเอกชนได้รับพระบรมราชานุญาตแล้ว หากรัฐประสงค์จะยึดรถไฟคืนก่อนสิ้นกำหนดการอนุญาต ตามมาตรา 103 และมาตรา 104 บัญญัติให้เป็นเอกสิทธิ์ของรัฐซึ่งสามารถทำได้ และสาระสำคัญประการสุดท้ายคือบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดระบบทางหลวงและทางราษฎร การจัดซื้อที่ดินเพื่อทำทางหลวง หรือมาตรา 158 เป็นเรื่องการบำรุงรักษาทางหลวงและอำนาจในการดำเนินการต่อที่ดินริมทางหลวง

ต่อมาก็มีพระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขายอันกระทบถึงความปลอดภัยหรือผาสุกแห่งสาธารณชน พ.ศ. 2471 ซึ่งมาตรา 4 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภคในประเทศไทย เว้นแต่จะได้รับการพระบรมราชานุญาตหรือสัมปทานก่อน มาตรา 5 บัญญัติถึงประเภทของกิจการต่างๆ ที่ถือว่าเป็นกิจการค้าขายซึ่งเป็นสาธารณูปโภค ได้แก่ การรถไฟ รถราง เดินอากาศ ชุคคลอง ประปา ชลประทาน โรงไฟฟ้า และมาตรา 7 ได้บัญญัติให้การประกอบกิจการที่เกี่ยวกับการประกันภัย ธนาคาร เครดิตฟองซิเอร์ หรือกิจการอื่นที่มีสภาพคล้ายคลึงกัน จะดำเนินการได้ต่อเมื่อได้รับพระบรมราชานุญาต หรือสัมปทานเสียก่อน นอกจากนี้ก็ยังมี พระราชบัญญัติทางหลวงที่ได้รับสัมปทาน พ.ศ. 2473 พระราชบัญญัติการชลประทานราษฎร พ.ศ. 2482 ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 เป็นต้น

### 3.1.2 กฎหมายที่เกี่ยวกับการที่ให้เอกชนเข้าร่วมลงทุน

กฎหมายที่เกี่ยวกับการให้เอกชนเข้าร่วมลงทุนที่สำคัญ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 โดยมีขอบเขตใช้บังคับเกี่ยวกับการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ทุกโครงการที่รัฐโดยราชการส่วนกลาง ราชการส่วนท้องถิ่นและรัฐวิสาหกิจ มอบให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ ยกเว้นไว้แต่ในกรณีที่รัฐให้สัมปทานตามกฎหมายปิโตรเลียม และการให้ประทานบัตรตามกฎหมายว่าด้วยแร่ กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาในการพิจารณาให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือเข้าร่วมดำเนินงานในโครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่สำคัญของรัฐ พร้อมทั้งกำหนดให้หน่วยงานกลางหลายหน่วยงาน รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญเฉพาะเข้ามาช่วยวิเคราะห์และพิจารณาเลือกเอกชนแทนกระทรวงเจ้าสังกัดเพียงแห่งเดียว ให้อำนาจอนุมัติโครงการลงทุนสำคัญเป็นของคณะรัฐมนตรี แทนที่จะเป็นของกระทรวงเจ้าสังกัดหรือรัฐมนตรีเจ้าสังกัด กำหนดมาตรฐานขั้นตอนการปฏิบัติงาน รวมถึงระยะเวลาการดำเนินงานให้เอกชนที่เข้าร่วมงานได้ทราบตั้งแต่เริ่มโครงการจนแล้วเสร็จ เพื่อให้เกิดความโปร่งใส เป็นธรรม สร้างความมั่นใจต่อเอกชนผู้เสนอตัวเข้าดำเนินโครงการของรัฐ ให้มีการติดตามผลการดำเนินงานของเอกชนอย่างใกล้ชิด เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าการดำเนินการทั้งหมดจะเป็นไปตามวัตถุประสงค์และเกิดผลสำเร็จ รวมทั้งหากเกิดปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการก็พร้อมที่จะได้รับการแก้ไขจากภาครัฐ

### 3.1.3 กฎหมายเกี่ยวกับการพัสดุ

การจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานราชการ ได้แก่ กรณี กระทรวง ทบวง กรม หน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ระเบียบที่ใช้ก็คือ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หน่วยงานธุรการศาล และหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ ก็เป็นไปตามระเบียบของแต่ละหน่วยงาน แต่ส่วนใหญ่จะใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 มาบังคับใช้โดยอนุโลม องค์การบริหารราชการส่วนท้องถิ่นทั้งหมด ยกเว้น กรุงเทพมหานคร และองค์การบริหารส่วนตำบล จะใช้ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุของหน่วยงานบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ส่วนองค์การบริหารส่วนตำบล ใช้ระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ส่วนกรุงเทพมหานครนั้นจะ ใช้ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครเรื่องการพัสดุ พ.ศ. 2538 แต่ในที่นี้จะกล่าวถึงเฉพาะระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 โดยกำหนดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างดังนี้ ประเภทของการจัดหา ไม่ว่าจะเป็นการจัดทำเอง การซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การเช่า การแลกเปลี่ยน ซึ่งมีวิธีการจัดหา 5 วิธี คือ วิธีตกลงราคา วงเงินไม่เกิน 200,000 บาท วิธีพิเศษ วงเงินเกิน 200,000 บาท แต่เป็นแบบมีเงื่อนไข วิธีกรณีพิเศษไม่กำหนดวงเงิน แต่เป็นแบบมีเงื่อนไข วิธีสอบราคา วงเงินเกิน 200,000 บาท แต่ไม่เกิน 2,000,000 บาท วิธีประกวดราคาวงเงินเกิน 200,000 บาท และวิธีประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ ( e-auction) ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เป็นต้น

**3.2 เอกสิทธิ์ของรัฐที่เกิดขึ้นในสัญญาของฝ่ายปกครอง** (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2550, หน้า 106-110)

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าหลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประกาศใช้บังคับ สัญญาต่างๆ ไม่ว่าจะเป็สัญญาที่รัฐทำกับเอกชนหรือเอกชนทำกับเอกชนด้วยกันเอง ได้นำหลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับทั้งสิ้น แต่บางกรณีก็เกิดเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายรัฐขึ้นในสัญญาของฝ่ายปกครอง ที่ทำให้ฝ่ายปกครองมีสถานะเหนือกว่าเอกชน โดยแยกออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีแรก เอกสิทธิ์ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 68 ทวิ ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ไว้ว่า ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องใช้พื้นที่ใดในเขตสัมปทานเพื่อประโยชน์ในการสร้างเขื่อนชลประทานหรือเขื่อนพลังงานน้ำ หรือเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือความมั่นคงของชาติ หรือเพื่อรักษาความสมดุลของสภาพแวดล้อม หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ให้รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของ

คณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการดังต่อไปนี้ ให้สัมปทานที่มีพื้นที่สัมปทานทับพื้นที่ดังกล่าวสิ้นสุดลง  
ทั้งแปลง ให้ผู้รับสัมปทานหยุดการทำกิจกรรมที่ได้รับสัมปทานเป็นการชั่วคราวในพื้นที่ดังกล่าว  
ตามระยะเวลาที่เห็นสมควร หรือตัดเขตพื้นที่ดังกล่าวออกจากพื้นที่สัมปทาน

พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ตรี ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการ  
กระทรวงอุตสาหกรรมเอาไว้ว่า ในกรณีมีความจำเป็นที่จะต้องใช้เนื้อที่ในเขตอาชญาบัตร ประทาน  
บัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรใดเพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ  
หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นของรัฐ ให้รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจเรียก  
อาชญาบัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรนั้นมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตอาชญา  
บัตร ประทานบัตรชั่วคราว หรือประทานบัตรได้

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม พ.ศ. 2515 ได้ให้อำนาจรัฐมนตรี  
ไว้ในข้อ 7 ว่า จะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ตามที่เห็นจำเป็นเพื่อความปลอดภัยและความผาสุกของ  
ประชาชนได้ และเงื่อนไขที่กำหนดนั้นรัฐมนตรีมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือเพิ่มเติมใน  
ภายหลังก็ได้ แต่ต้องกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับเงื่อนไขที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมตามที่  
รัฐมนตรีเห็นสมควร

พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 22 ว่า ในกรณี  
จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทางหลวงสัมปทานก่อนสัมปทาน  
นั้นสิ้นอายุได้ และกรณีเช่นนี้รัฐมีอำนาจเข้ายึดถือครอบครองทรัพย์สินทางหลวงสัมปทานทั้งหมด  
ได้ด้วย โดยการเข้ายึดถือครอบครองดังกล่าวต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อนจึงจะ  
ดำเนินการได้

กรณีที่สอง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองตามที่กำหนดไว้ในสัญญา เป็นไปตามระเบียบ  
สำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แบบสัญญาจ้างทำยาระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี  
ข้อ 16 เกี่ยวกับงานพิเศษ และการแก้ไขงาน โดยกำหนดว่า ผู้ว่าจ้าง (ฝ่ายปกครอง) มีสิทธิที่จะสั่งให้  
ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ซึ่งไม่ได้แสดงไว้ในหรือรวมอยู่ในเอกสารสัญญา หากงานพิเศษนั้นๆ อยู่ใน  
ขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญานี้ นอกจากนี้ผู้ว่าจ้างยังมีสิทธิสั่งให้เปลี่ยนแปลงหรือ  
แก้ไขแบบรูป และข้อกำหนดต่างๆ ในเอกสารสัญญานี้ด้วย โดยไม่ทำให้สัญญานั้นเป็นโมฆะแต่  
อย่างไร อัตราค่าจ้างหรือราคาที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ให้กำหนดใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่  
เพิ่มเติมขึ้น หรือตัดทอนลงทั้งปวงตามคำสั่งของผู้ว่าจ้าง หากในสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ในอัตรา  
ค่าจ้างหรือราคาใดๆ ที่จะนำมาใช้สำหรับงานพิเศษหรืองานที่เพิ่มขึ้นดังกล่าว ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง  
จะได้ตกลงกันที่จะกำหนดอัตราหรือราคา รวมทั้งการขยายระยะเวลา (ถ้ามี) กันใหม่เพื่อความ  
เหมาะสม ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้ผู้ว่าจ้างจะกำหนดอัตราจ้างหรือราคาตายตัวตามแต่ผู้ว่าจ้างจะ

เห็นว่าเหมาะสมและถูกต้อง ซึ่งผู้รับจ้างจะต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของว่าจ้างแต่อาจสงวนสิทธิที่จะดำเนินการตามข้อ 21 ต่อไปนี้ หรือบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนใช้บริการของรัฐ ดังจะเห็นได้จากการกำหนดเอกสิทธิ์บางประการแก่รัฐ เอกสิทธิ์นั้นได้แก่ การกำหนดให้มีการใช้เรือไทยโดยมีกำหนดไว้ในแบบของสัญญาหลายฉบับเกี่ยวกับการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องใช้บริการเรือไทยในการขนส่งสินค้าตามสัญญา เช่น ข้อ 4 ของแบบสัญญาซื้อขาย ข้อ 13.2 ของแบบเอกสารประกวดราคาจ้าง ข้อ 23 ของแบบสัญญาจ้าง ข้อ 14 ของแบบสัญญาจะซื้อจะขายแบบราคาคงที่ไม่จำกัดปริมาณ และข้อ 5 ของแบบสัญญาซื้อขายคอมพิวเตอร์ หรือในกรณีของแบบสัญญาจ้าง ข้อ 18 และสัญญาจ้างเหมาข้อ 8 ตามระเบียบของคณะกรรมการสื่อสารแห่งประเทศไทย ฉบับที่ 22 ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2534 กำหนดไว้ว่า ผู้ว่าจ้าง (ฝ่ายปกครอง) มีสิทธิทำการแก้ไขหรือเพิ่มเติมหรือลดงานจากแบบแปลน แผนผังและรายละเอียดข้อกำหนดตามสัญญาได้ทุกอย่างโดยไม่ต้องเลิกสัญญานี้ การเพิ่มเติมหรือลดงานจะต้องคิดและตกลงราคากันใหม่ และถ้าต้องเพิ่มหรือลดเงินหรือยืดเวลาออกไปอีกก็จะได้ตกลงกัน ณ บัดนั้น หรือกรณีแบบสัญญาจ้าง (แบบจ่ายค่าจ้างเป็นรายงวด) ซึ่งเป็นแบบสัญญาท้ายคำสั่งของกรุงเทพมหานคร ที่ 1835/2530 เรื่องวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับพัสดุก็นมีข้อกำหนดในการทำงานเดียวกัน หรือกรณีสัญญาให้สิทธิดำเนินการผลิตและจำหน่ายน้ำประปา ในเขตปทุมธานี รัชสิต ข้อ 14.2.4 กำหนดว่า โดยที่งานของผู้รับสิทธิตามสัญญานี้เป็นสัญญาเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ ดังนั้น ไม่ว่ากรณีใดๆ ผู้รับสิทธิจะหยุดการผลิตหรือชะลอการผลิตน้ำประปา หรือลดปริมาณน้ำประปาที่จะส่งมอบแก่ประชาชน เพื่อใช้เป็นข้อต่อรองหรือตอบโต้ การที่เห็นว่าการประปาไม่ปฏิบัติตามสัญญาไม่ได้ ซึ่งเป็นการยกเว้นสิทธิของคู่สัญญาในสัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 369 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 275)

### 3.3 ประเภทของสัญญาของฝ่ายปกครอง

3.3.1 สัญญาพัสดุ สัญญาพัสดุเป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองของไทยไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชนอื่น ใช้ก่อนนิติสัมพันธ์กับเอกชนมากที่สุด ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาการได้มาซึ่งพัสดุของฝ่ายปกครองดังกล่าว โดยเฉพาะระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม แม้ฝ่ายปกครองของไทยจะมีระเบียบเกี่ยวกับการได้มาซึ่งพัสดุเป็นของแต่ละหน่วยงานแต่ก็จะกำหนดให้นำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

(1) นิยามและประเภทของการจัดหาพัสดุ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ข้อ 5 ได้กำหนดให้ การพัสดุหมายความว่า การจัดทำเอง การซื้อ การจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบและควบคุมงาน การแลกเปลี่ยน การเช่า การควบคุม การจำหน่าย



และการดำเนินการอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้ พัสตุ หมายความว่า วัสดุ ครุภัณฑ์ ที่ดินและสิ่งก่อสร้าง ที่กำหนดไว้ในหนังสือจำแนกประเภทรายจ่ายตามงบประมาณของสำนักงบประมาณ หรือการจำแนกประเภทรายจ่ายตามสัญญาจ้างจากต่างประเทศ โดยได้กำหนดประเภทของการจัดหา พัสตุ ไว้ 5 ประเภท คือ การซื้อการจ้าง การจ้างที่ปรึกษา การจ้างออกแบบคุณภาพงาน การแลกเปลี่ยน และการเช่า

การซื้อการจ้างตาม ข้อ 18 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 สามารถกระทำได้ 6 วิธี คือ วิธีตกลงราคา ได้แก่การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาไม่เกิน 100,000 บาท วิธีสอบราคา ได้แก่การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาไม่เกิน 100,000 บาท แต่ไม่เกิน วิธีประกวดราคา ได้แก่การซื้อหรือการจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 2,000,000 บาท วิธีพิเศษ ได้แก่การซื้อครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่ให้กระทำเฉพาะกรณีหนึ่งกรณีใดเป็นต้นว่าเป็นพัสดุที่ขายทอดตลาดโดยฝ่ายปกครอง หรือเป็นพัสดุที่ต้องซื้อเร่งด่วน หรือเพื่อใช้ในราชการลับ หรือมีความต้องการใช้เพิ่มขึ้นในสถานการณ์ที่จำเป็น หรือ เร่งด่วน และจำเป็นต้องใช้เพิ่ม เป็นต้น ส่วนการจ้างโดยวิธีพิเศษนั้น ได้แก่ การจ้างครั้งหนึ่งซึ่งมีราคาเกิน 100,000 บาท แต่มีเงื่อนไขว่า ต้องจ้างผู้มีฝีมือโดยเฉพาะ การจ้างซ่อมเครื่องจักร เครื่องมือต่างๆ เป็นงานที่ปกปิดเป็นความลับของทางราชการ เป็นต้น การซื้อการจ้างโดยวิธีกรณีพิเศษ ได้แก่ การซื้อหรือการจ้างจากฝ่ายปกครอง ในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นผู้ผลิตพัสดุหรือทำงานจ้างนั่นเอง และนายกรัฐมนตรีอนุมัติให้ซื้อหรือจ้าง มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดให้ซื้อหรือจ้าง และกรณีนี้ให้รวมถึงหน่วยงานอื่นที่มีกฎหมายหรือมติคณะรัฐมนตรีกำหนดด้วย วิธีสุดท้าย คือวิธีประมูลด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังกำหนด

การจ้างที่ปรึกษิตาม ข้อ 77 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ทำได้ 2 วิธี คือวิธีตกลงราคา กับวิธีคัดเลือก ซึ่งวิธีตกลง ต้องเป็นการจ้างที่มีค่างานจ้าง ไม่เกิน 100,000 บาท หรือเป็นการจ้างเพื่อทำงานต่อเนื่องจากงานที่ได้ทำอยู่แล้ว หรือเป็นการจ้างในกรณีที่ทราบแน่ชัดว่าผู้เชี่ยวชาญในงานที่จะให้บริการตามที่ต้องการมีจำนวนจำกัด ไม่เหมาะสมที่จะดำเนินการ โดยวิธีคัดเลือก และเป็นการจ้างที่มีค่างาน ไม่เกิน 2,000,000 บาท หรือเป็นการจ้างฝ่ายปกครอง ให้ดำเนินการจ้างได้โดยตรง การจ้างที่ปรึกษาโดยวิธีคัดเลือก ได้แก่การจ้างที่ปรึกษาโดยการคัดเลือกที่ปรึกษาที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่จะทำงานนั้นให้เหลือน้อยราย และเชิญชวนที่ปรึกษาที่ได้รับการคัดเลือกให้เหลือน้อยรายดังกล่าวยื่นข้อเสนอเข้ารับงานนั้นๆ เพื่อพิจารณาคัดเลือกรายที่ดีที่สุดในการกรณีที่มิเหตุอันสมควรและหัวหน้าส่วนราชการเห็นชอบ ให้เชิญที่ปรึกษาที่มีคุณสมบัติเหมาะสมยื่นข้อเสนอเข้ารับงาน โดยไม่ต้องทำการคัดเลือกให้เหลือน้อยรายก่อนก็ได้

การจ้างออกแบบและควบคุมงาน ข้อ 95 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการ  
 พัสตุ พ.ศ. 2535 กำหนดให้สามารถทำได้ 4 วิธีคือ วิธีตกลง ได้แก่การจ้างออกแบบและควบคุมงาน  
 ที่ผู้ว่าจ้างเลือกจ้างผู้ให้บริการรายหนึ่งรายใด ซึ่งเคยทราบหรือเคยเห็นความสามารถแล้ว และเป็นผู้  
 ให้บริการที่มีหลักฐานดีตามที่คณะกรรมการดำเนินการจ้าง โดยวิธีตกลง ได้พิจารณาเสนอแนะ ทั้งนี้  
 ให้ใช้กับการก่อสร้างที่วงเงินงบประมาณค่าก่อสร้างตามโครงการหนึ่งๆ ไม่เกิน 2,000,000 บาท  
 การจ้างโดยวิธีคัดเลือก ได้แก่การจ้างออกแบบและควบคุมงาน โดยผู้ว่าจ้างประกาศเชิญชวนการ  
 ว่าจ้าง และคณะกรรมการดำเนินการจ้างจะพิจารณาคัดเลือกผู้ให้บริการที่มีข้อกำหนดเหมาะสม  
 ที่สุด เพื่อดำเนินการว่าจ้างต่อไป ทั้งนี้ให้ใช้กับการก่อสร้างอาคารที่มีวงเงินงบประมาณค่าก่อสร้าง  
 ตามโครงการหนึ่งๆ เกิน 2,000,000 บาท แต่ไม่เกิน 5,000,000 บาท การจ้างโดยวิธีการคัดเลือกแบบ  
 จำกัดข้อกำหนด ได้แก่การจ้างออกแบบและควบคุมงาน โดยผู้ว่าจ้างประกาศเชิญชวนการว่าจ้าง  
 และคณะกรรมการดำเนินการจ้างโดยวิธีการคัดเลือกแบบจำกัดข้อกำหนด พิจารณาคัดเลือกผู้  
 บริการที่เป็นนิติบุคคล โดยคำนึงถึงฐานะของนิติบุคคลคุณสมบัติและประวัติการทำงานจำนวน  
 สถาปนิกและหรือวิศวกรที่ประจำและไม่ประจำหลักฐานการแสดงผลงานที่ได้เคยปฏิบัติมาแล้ว  
 ตลอดจนแนวความคิดในการออกแบบเพื่อดำเนินการจ้างต่อไป ทั้งนี้ ให้ใช้กับการก่อสร้างอาคารที่มี  
 วงเงินงบประมาณค่าก่อสร้างตามโครงการหนึ่งๆ เกิน 5,000,000 บาท และวิธีสุดท้ายคือ การจ้าง  
 โดยวิธีพิเศษมี 2 ลักษณะ คือ 1) วิธีเลือกจ้าง ได้แก่ การจ้างออกแบบและควบคุมงานในกรณีที่มี  
 ความจำเป็นเร่งด่วน และความมั่นคงของชาติ หากการดำเนินการจ้างตามวิธีอื่นดังกล่าวมาแล้วจะทำให้ล่าช้า  
 เกิดความเสียหายแก่ทางราชการและความมั่นคงของประเทศชาติให้ปลัดกระทรวงมี  
 อำนาจตกลงจ้างผู้ให้บริการรายหนึ่งรายใดตามที่พิจารณาเห็นสมควร 2) การว่าจ้างโดยการประกวด  
 แบบ ได้แก่การว่าจ้างออกแบบอาคารที่มีลักษณะพิเศษ เป็นที่เชิดชูคุณค่าทางด้านศิลปกรรมหรือ  
 สถาปัตยกรรม เช่น อนุสาวรีย์ รัฐสภา พิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ โรงละครแห่งชาติ หรืองาน  
 ออกแบบอาคารที่มีโครงสร้างขนาดใหญ่ เช่น สนามกีฬาแห่งชาติ สนามบิน ให้ผู้ว่าจ้างเสนอ  
 รายละเอียดเรื่องการจ้างออกแบบโดยวิธีประกวดแบบต่อคณะกรรมการ

(2) ขั้นตอนสำคัญต่างๆ ในการดำเนินการเกี่ยวกับพัสตุ พอสรูปดังนี้ เจ้าหน้าที่  
 พัสตุต้องจัดทำรายงานเสนอหัวหน้าส่วนราชการ เป็นต้นว่า กรณีซื้อที่ดินหรือสิ่งก่อสร้าง ก็  
 จะต้องแสดงเหตุผลและความจำเป็นที่ต้องซื้อ รายละเอียดที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง ราคาประเมินของ  
 ทางราชการ เป็นต้น ทั้งนี้ ตามข้อ 28 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสตุ พ.ศ. 2535 ข้อ 40  
 และข้อ 41 แห่งระเบียบดังกล่าวยังกำหนดให้เจ้าหน้าที่จัดทำเอกสารประกวดราคาและสอบราคา  
 โดยต้องไม่ให้ทางราชการต้องเสียเปรียบ กรณีถ้าไม่แน่ใจเกี่ยวกับเอกสารประกวดราคาไม่รัดกุมพอ  
 ก็ส่งไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดตรวจพิจารณา ก่อน เมื่อแน่ใจว่าเอกสารสอบราคาและประกวด

ราคารัดกุมแล้ว ซึ่งเอกสารเกี่ยวกับการสอบราคาเจ้าหน้าที่ที่จะส่งประกาศเผยแพร่การสอบราคา และเอกสารสอบราคาไปยังผู้มีอาชีพขายหรือรับจ้างทำงานนั้น โดยตรง กับปิดประกาศไว้โดยเปิดเผย ณ ที่ทำการ ส่วนการประกวดราคานั้น หัวหน้าเจ้าหน้าที่พัสดุจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้ ปิดประกาศประกวดราคาโดยเปิดเผย ณ ที่ทำการของส่วนราชการนั้น ส่งไปประกาศทางวิทยุกระจายเสียงและหรือประกาศในหนังสือพิมพ์ ส่งให้กรมประชาสัมพันธ์เผยแพร่ เป็นต้น ทั้งนี้ ตามข้อ 45 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

เพื่อให้การปฏิบัติการจัดหาพัสดุเป็นไปอย่างละเอียดรอบคอบและโปร่งใส

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ยังได้กำหนดให้มีคณะกรรมการต่างๆ และผู้เกี่ยวข้องกับการจัดหาพัสดুরวม 10 ประเภทด้วยกัน คือ คณะกรรมการพิจารณาคัดเลือกผู้มีคุณสมบัติเบื้องต้น คณะกรรมการเปิดซองสอบราคา คณะกรรมการรับและเปิดซองประกวดราคา คณะกรรมการพิจารณาผลการประกวดราคา คณะกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษ คณะกรรมการจัดจ้างโดยวิธีพิเศษ คณะกรรมการตรวจรับพัสดุ คณะกรรมการตรวจการจ้าง ผู้ควบคุมงาน และ คณะกรรมการตรวจการปฏิบัติงาน

(3) การทำสัญญา หลังจากทีคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องดังที่กล่าวมาแล้วได้พิจารณาคัดเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติที่เข้ามาทำการจัดซื้อและจัดจ้าง คณะกรรมการที่เกี่ยวข้องดังกล่าวจะต้องเป็นผู้พิจารณาทำความเข้าใจต่อหัวหน้าส่วนราชการเพื่อทำสัญญาต่อไป ซึ่งสาระสำคัญของสัญญาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 พอสรุปความได้ว่า ผู้มีอำนาจลงนามในสัญญา ได้แก่ หัวหน้าส่วนราชการที่เป็นผู้จัดหาซึ่งรูปแบบของสัญญานั้นให้ทำเป็นภาษาไทยหรือภาษาอังกฤษตามตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กวพ.) กำหนด การทำสัญญารายใดถ้าจำเป็นต้องมีข้อความหรือรายการแตกต่างไปจากตัวอย่างสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนด โดยมีสาระสำคัญตามที่กำหนดไว้ในตัวอย่างสัญญา และไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบก็ให้ทำได้ เว้นแต่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในทางเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอก็ให้ส่งร่างสัญญานั้นไปให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน ในกรณีที่ไม้อาจทำสัญญาตามตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนดได้และจำเป็นต้องร่างสัญญาขึ้นใหม่ ต้องส่งร่างสัญญานั้นให้สำนักงานอัยการสูงสุดพิจารณาก่อน เว้นแต่ หัวหน้าศูนย์ราชการเห็นสมควรทำสัญญาตามแบบที่ได้เคยผ่านการพิจารณาของสำนักงานอัยการสูงสุดมาแล้วก็ให้กระทำได้

การตรวจพิจารณาร่างสัญญา ร่างสัญญาที่อยู่ในข่ายที่ต้องได้รับการตรวจพิจารณา ได้แก่ สัญญาที่ไม่ได้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนด เว้นแต่เป็นสัญญาที่ไม่ทำให้ทางราชการเสียเปรียบ สัญญาเช่าซื้อซึ่งผู้เช่าจะต้องเสียเงินอื่นใดนอกจากค่าเช่า สัญญาที่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่าจะมีปัญหาในการเสียเปรียบหรือไม่รัดกุมพอ ผู้มีอำนาจในร่างสัญญา

เหล่านี้ ได้แก่ อัยการสูงสุดหรืออัยการจังหวัดแล้วแต่กรณี การเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาโดยหลักสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือที่ได้ลงนามแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงมิได้ เว้นแต่การแก้ไวนั้นจะมีความจำเป็นโดยไม่ทำให้รัฐต้องเสียประโยชน์ หรือเป็นการแก้ไขเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการ ให้อยู่ในอำนาจของหัวหน้าส่วนราชการที่จะพิจารณาอนุมัติให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ แต่ถ้ามีการเพิ่มวงเงินจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือขอทำความตกลงในส่วนที่ใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือแล้วแต่กรณีด้วย การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาดังกล่าวหากมีความจำเป็นต้องเพิ่มหรือลดวงเงิน หรือเพิ่มหรือลดระยะเวลาส่งมอบของ หรือระยะเวลาในการทำงานให้ตกลงพร้อมกันไป สำหรับการจัดหาที่เกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่าง จะต้องได้รับการรับรองจากวิศวกร สถาปนิก และวิศวกรผู้ชำนาญการ หรือผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรับผิดชอบหรือสามารถรับรองคุณลักษณะเฉพาะแบบและรายการของงานก่อสร้าง หรืองานเทคนิคเฉพาะอย่างนั้นแล้วแต่กรณีด้วย

ในกรณีการบอกเลิกสัญญา หัวหน้าส่วนราชการเป็นผู้มีอำนาจในการบอกเลิกสัญญาซึ่งเหตุในการบอกเลิกสัญญานั้น ได้แก่ กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเห็นว่ามิเหตุอันควรเชื่อได้ว่า คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาได้อันหนึ่ง การบอกเลิกสัญญาจะต้องเป็นไปเฉพาะกรณีที่เป็ประโยชน์แก่ฝ่ายปกครองโดยตรง หรือเพื่อแก้ไขข้อเสียเปรียบของฝ่ายปกครองในการปฏิบัติตามสัญญาหรือข้อตกลงนั้นต่อไป กรณีการงดการลดค่าปรับ และการขยายเวลาตามสัญญาหัวหน้าส่วนราชการมีอำนาจในการงดหรือลดค่าปรับให้แก่คู่สัญญา รวมทั้งการขยายระยะเวลาได้ในกรณีที่เหตุเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของส่วนราชการหรือเหตุสุดวิสัยหรือเหตุเกิดจากพฤติการณ์อันหนึ่งอันใดที่คู่สัญญาไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย

กรณีข้อยกเว้นของการทำสัญญา ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการมีดุลพินิจที่จะทำข้อตกลงเป็นหนังสือไว้ต่อกัน โดยไม่ต้องทำเป็นสัญญา สำหรับการจัดหาในกรณี การซื้อ การจ้าง หรือการแลกเปลี่ยน โดยวิธีตกลงราคา หรือการจ้างที่ปรึกษาโดยวิธีตกลงราคาที่มีวงเงินไม่เกิน 100,000 บาท การจัดหาที่คู่สัญญาสามารถส่งมอบพัสดุได้ครบถ้วนภายใน 5 วันทำการของฝ่ายปกครอง นับแต่วันที่ตกลงเป็นหนังสือ ส่วนในกรณีค่าปรับ ในการทำสัญญาหรือข้อตกลงเป็นหนังสือนอกจากการจ้างที่ปรึกษา ให้คู่สัญญาฝ่ายราชการกำหนดค่าปรับกรณีผิดสัญญาเป็นรายวันในอัตราตายตัวระหว่างร้อยละ 0.01-0.20 ของราคาพัสดุที่ยังไม่ได้รับมอบ เว้นแต่การจ้างซึ่งต้องการผลสำเร็จของงานทั้งหมดพร้อมกัน ให้กำหนดค่าปรับเป็นรายวันเป็นจำนวนเงินตายตัวในอัตราร้อยละ 0.01-0.10 ของราคางานที่จ้างนั้น แต่ต้องไม่ต่ำกว่าวันละ 100 บาท สำหรับงานก่อสร้างสาธารณูปโภคที่มีผลกระทบต่อการจราจรให้กำหนด

ค่าปรับเป็นรายวันในอัตราร้อยละ 0.25 ของราคางานจ้างนั้น แต่อาจกำหนดขั้นสูงสุดของการปรับก็ได้

กรณีหลักประกันในการทำสัญญา โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดถึงเรื่องหลักประกันไว้ประกอบด้วย ประเภทของหลักประกัน ได้แก่ เงินสด เช็คที่ธนาคารเซ็นส่งจ่ายลงวันที่ที่ใช้เช็คชำระต่อเจ้าหน้าที่ หรือก่อนวันนั้นไม่เกิน 3 วันทำการ หนังสือค้ำประกันของธนาคารภายในประเทศตามตัวอย่างที่คณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุกำหนด หนังสือค้ำประกันของบริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย เป็นต้น การกำหนดมูลค่าของหลักประกัน ได้แก่ หลักประกันซองและหลักประกันสัญญาดังกล่าว ให้กำหนดมูลค่าเป็นจำนวนเต็มในอัตราร้อยละ 5 ของวงเงิน หรือราคาพัสดุที่จัดหาครั้งนั้นแล้วแต่กรณี เว้นแต่ การจัดหาพัสดุที่หัวหน้าส่วนราชการเห็นว่ามีความสำคัญเป็นพิเศษ จะกำหนดอัตราสูงกว่าร้อยละ 5 แต่ไม่เกินร้อยละ 10 ก็ได้ การกำหนดหลักประกันจะต้องระบุไว้เป็นเงื่อนไขในเอกสารสอบราคา หรือเอกสารประกวดราคา หรือในสัญญาด้วย ในกรณีที่ผู้เสนอราคาหรือคู่สัญญาวางหลักประกันที่มีมูลค่าสูงกว่าที่กำหนดไว้ในระเบียบ เอกสารสอบราคา หรือเอกสารประกวดราคา หรือสัญญาให้ออนไลน์ได้รับได้

(4) การลงโทษผู้ทำงาน สรุปความได้ว่า กรณีที่ถือว่าเป็นผู้ทำงาน บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลอาจได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้ทำงาน เมื่อปรากฏกรณีใดกรณีหนึ่งต่อไปนี้ ผู้ที่ได้รับการคัดเลือกแล้ว ไม่ยอมไปทำสัญญาหรือข้อตกลงภายในเวลาที่ทางราชการกำหนด เมื่อคู่สัญญาของทางราชการ หรือผู้รับจ้างช่วงที่ทางราชการอนุญาตให้รับช่วงงานได้ ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงนั้น พัสดุที่ซื้อหรือจ้างทำให้เกิดข้อบกพร่องขึ้นภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงและไม่ได้รับการแก้ไขให้ถูกต้องจากผู้จำหน่าย ผู้รับจ้าง หรือคู่สัญญา หรือพัสดุที่ซื้อหรือจ้างไม่ได้มาตรฐานหรือวัสดุที่ใช้ไม่ได้มาตรฐานหรือไม่ครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือข้อตกลง ทำให้งานบกพร่องเสียหายอย่างร้ายแรง

เมื่อเกิดการทำงานขึ้น ส่วนราชการจะต้องดำเนินการดังต่อไปนี้ ให้หัวหน้าส่วนราชการทำรายงานไปยังปลัดกระทรวงโดยเร็ว เพื่อพิจารณาให้บุคคลที่ได้รับการคัดเลือก ผู้จำหน่าย ผู้รับจ้าง คู่สัญญา หรือผู้รับจ้างช่วงที่ทางราชการอนุญาตให้รับช่วงงานได้ เป็นผู้ทำงาน แล้วแต่กรณี พร้อมทั้งเสนอความเห็นของตนเพื่อประกอบการพิจารณาของปลัดกระทรวงด้วย เมื่อปลัดกระทรวงพิจารณาแล้วบุคคลดังกล่าวสมควรเป็นผู้ทำงาน ให้ปลัดกระทรวงส่งชื่อบุคคลดังกล่าวไปยังผู้รักษาการตามระเบียบ เพื่อพิจารณาสั่งให้เป็นผู้ทำงานโดยเร็ว ในกรณีเป็นโครงการขนาดใหญ่ หากปลัดกระทรวงพิจารณาแล้วเห็นว่าบุคคลดังกล่าวข้างต้นยังไม่สมควรเป็นผู้ทำงาน ให้ปลัดกระทรวงรายงานไปยัง กวพ. เพื่อทราบด้วย เมื่อผู้รักษาการตามระเบียบได้พิจารณาแล้วเห็นว่าบุคคลดังกล่าว

สมควรเป็นผู้ทำงานให้ผู้รักษาการตามระเบียบสั่งให้บุคคลดังกล่าวเป็นผู้ทำงาน โดยระบุชื่อผู้ทำงานไว้ในบัญชีรายชื่อผู้ทำงาน พร้อมทั้งแจ้งเวียนชื่อผู้ทำงานให้ส่วนราชการอื่นทราบ รวมทั้งแจ้งให้ผู้ทำงานรายนั้นทราบทางไปรษณีย์ลงทะเบียนด้วย ในกรณีผู้รักษาการตามระเบียบเห็นว่าบุคคลดังกล่าวไม่สมควรเป็นผู้ทำงาน ให้แจ้งผลการพิจารณาไปให้ปลัดกระทรวงทราบ การดำเนินการขั้นต้นให้นำมาใช้กับการจ้างที่ปรึกษาหรือการจ้างออกแบบและควบคุมงานด้วย หลังจากที่บุคคลนั้นถูกสั่งให้เป็นผู้ทำงานแล้ว ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 ได้กำหนดห้ามส่วนราชการกับบุคคลที่ได้รับการระบุชื่อไว้ในบัญชีรายชื่อผู้ทำงาน และได้มีการแจ้งเวียนชื่อไปแล้วดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น เว้นแต่ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้รักษาการตามระเบียบนี้จะสั่งเพิกถอนการเป็นผู้ทำงาน

3.3.2 สัญญาสัมปทาน สัญญาสัมปทานอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ กับ สัญญาสัมปทานแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ (บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, 2549, หน้า 238)

(1) สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะจะประกอบด้วยลักษณะสำคัญคือ สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะ เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองตกลงอนุญาตให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งด้วยทุนของเอกชนเอง หรือเอกชนเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย ทรัพย์สินที่รับสัมปทานนำมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ถือว่าเป็นทรัพย์สินของเอกชน จึงไม่ได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษอย่างเช่นทรัพย์สินของรัฐ ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมกิจการที่รัฐให้สัมปทานกับเอกชนอย่างเต็มที่เนื่องกิจการที่ให้สัมปทานก็ยังเป็นบริการสาธารณะอยู่ และกิจการที่รัฐให้สัมปทานแก่เอกชนนั้นต้องไม่เป็นกิจการที่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศซึ่งรัฐต้องจัดทำเอง กฎหมายที่ถือว่าเป็นกฎหมายสำคัญเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะของไทยคือ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 58 ลงวันที่ 26 มกราคม 2514 ได้บัญญัติว่า ห้ามมิให้บุคคลใดประกอบกิจการค้าขายอันเป็นสาธารณูปโภค เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตหรือสัมปทาน ซึ่งได้กล่าวมาแล้วในบทก่อนหน้า นอกจากประกาศคณะปฏิวัตินี้ดังกล่าวแล้วก็ยังมีกฎหมายสำคัญอีกฉบับหนึ่งคือ พระราชบัญญัติทางหลวงสัมปทาน พ.ศ. 2542 โดยรูปแบบของสัญญาสัมปทานบริการสาธารณะส่วนใหญ่จะเป็นผลมาจากการเจรจาตกลงกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน เช่น สัมปทานที่เกี่ยวข้องกับโทรศัพท์ สัมปทานระบบขนส่งทางรถไฟ เป็นต้น ซึ่งไม่ใช่รูปแบบที่กฎหมายกำหนด

(2) สัญญาสัมปทานแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 23 บัญญัติว่า ปิโตรเลียมเป็นของรัฐผู้ใดสำรวจปิโตรเลียมในที่ใด ไม่ว่าที่นั้นจะเป็นของตนหรือของผู้อื่น ต้องได้รับสัมปทานจากรัฐ พระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2510 มาตรา 25 ได้บัญญัติไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ใดสำรวจแร่ในที่ใดไม่ว่าที่

สำรวจแร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตสำรวจแร่ อาชญาบัตร  
 ผูกขาดสำรวจแร่ หรืออาชญาบัตรพิเศษ และมาตรา 43 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดทำเหมืองแร่ในที่ใด  
 ไม่ว่าที่ทำเหมืองแร่นั้นจะเป็นสิทธิของบุคคลใดหรือไม่ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 มาตรา 63  
 บัญญัติว่า รัฐบาลมีอำนาจให้สัมปทานในการทำป่าไม้ชนิดใดหรือการเก็บหาของป่าอย่างใดในป่า  
 ใด โดยมีขอบเขตเพียงใด และในสัมปทานนั้นจะให้มีข้อกำหนดและเงื่อนไขใดก็ได้ โดยรัฐบาลมี  
 อำนาจให้ผู้รับสัมปทานเสียเงินค่าภาคหลวงตามอัตราที่รัฐบาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินอัตราที่กำหนด  
 ไว้ในพระราชบัญญัติ และจะให้ผู้รับสัมปทานเสียเงินแก่รัฐบาลตามจำนวนที่รัฐบาลจะกำหนดอีกก็  
 ได้ พระราชบัญญัติอากรรังนกอีแอ่น พ.ศ. 2540 มาตรา 14 ห้ามมิให้ผู้ใดเก็บรังนกที่มีอยู่ตาม  
 ธรรมชาติบนเกาะหรือในที่สาธารณะสมบัติของแผ่นดิน โดยไม่ได้รับสัมปทานจากคณะกรรมการ  
 ตามพระราชบัญญัติ โดยการขอรับสัมปทานในแต่ละจังหวัดให้ทำโดยการประมูลเงินอากรตาม  
 หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่ผู้ว่าราชการจังหวัดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศ  
 กำหนด

สัญญาสัมปทานบริการสาธารณะและสัญญาสัมปทานแสวงประโยชน์จาก  
 ทรัพยากรธรรมชาติแตกต่างกันตรงที่ว่า สัญญาสัมปทานแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ  
 มิได้มีบทบัญญัติให้ประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง เช่น แหล่งน้ำมันหรือแหล่งแร่ จะเห็นได้ว่า  
 ไม่ใช่เป็นทรัพย์สินที่ประชาชนใช้ร่วมกันได้โดยสภาพ แต่เป็นกรณีที่รัฐให้ออกชนรับสัมปทานไป  
 ใช้เป็นการส่วนตัวหรือเพื่อประโยชน์ของเอกชนเองโดยเสียค่าภาคหลวงให้แก่รัฐ ผู้รับสัมปทาน  
 ต้องปฏิบัติตามกรอบของกฎหมายที่ตนได้รับอนุญาต

3.3.3 สัญญาภาครัฐประเภทอื่นๆ แม้ว่าสัญญาภาครัฐจะมีสัญญาพัสดุดังกล่าว  
 สัมปทานดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นเป็น 2 ประเภทใหญ่ แต่ฝ่ายปกครองก็มีสัญญาประเภทอื่นอีก  
 (นันทวัฒน์ บรมานันท์, 2550, หน้า 149) เป็นต้นว่าสัญญาร่วมทุนเพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่ง  
 เป็นการร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะร่วมกัน เช่นสัญญาร่วมลงทุน  
 ปรับปรุงระบบประปา เป็นต้น หรือเป็นสัญญาร่วมทุนเพื่อประโยชน์ในเชิงธุรกิจ เพื่อหารายได้ให้  
 ฝ่ายปกครอง หรือเป็นสัญญาเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของแผ่นดิน ซึ่งเป็นไปตาม  
 พระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ซึ่งบัญญัติว่าต้องทำเป็นสัญญา